

Windsor Yearbook of Access to Justice

Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice



L'évolution de la Partie VII de la Loi sur les langues officielles : un objectif ambitieux à la recherche de moyens efficaces

Érik Labelle Eastaugh

Volume 39, 2023

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1113997ar>
DOI : <https://doi.org/10.22329/wyaj.v39.9025>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Faculty of Law, University of Windsor

ISSN

2561-5017 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Labelle Eastaugh, É. (2023). L'évolution de la Partie VII de la Loi sur les langues officielles : un objectif ambitieux à la recherche de moyens efficaces. *Windsor Yearbook of Access to Justice / Recueil annuel de Windsor d'accès à la justice*, 39, 576–591. <https://doi.org/10.22329/wyaj.v39.9025>

Résumé de l'article

Depuis son adoption en 1988, la Partie VII de la Loi sur les langues officielles suscite autant d'espoirs que de déceptions. Formulée de façon trop générale, la première version sera déclarée non justiciable par les tribunaux. La deuxième, pourtant formulée de façon plus précise, sera elle aussi privée d'effet concret, avant que la Cour d'appel fédérale n'intervienne en 2022 dans l'arrêt FFCB pour remettre les pendules à l'heure. Le présent article propose un bilan des progrès réalisés jusqu'à aujourd'hui et cherche à cerner plus en détail les questions qui attendent toujours une réponse claire en droit positif. Dans un premier temps, l'auteur aborde la question de la justiciabilité de la Partie VII, qui a fait l'objet d'un long débat et qui a donné lieu à un certain va-et-vient entre les tribunaux et le législateur, afin de résumer l'état du droit actuel. Ensuite, l'auteur analyse l'obligation de consulter reconnue par l'arrêt FFCB, ainsi que la condition préalable qui en déclenche l'application, soit le fait d'envisager la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet sur l'« épanouissement » ou le « développement » d'une « minorité francophone ou anglophone », critère dont la portée demeure nébuleuse vu que les termes en question n'ont toujours pas été définis de façon claire par la jurisprudence. En s'appuyant sur des arrêts traitant de questions connexes, sur les travaux parlementaires précédant les modifications apportées à la Partie VII et sur les recherches en sociolinguistique, l'auteur esquisse une hypothèse quant à la nature et la portée des intérêts protégés.

© Érik Labelle Eastaugh, 2023



Ce document est protégé par la loi sur le droit d'auteur. L'utilisation des services d'Érudit (y compris la reproduction) est assujettie à sa politique d'utilisation que vous pouvez consulter en ligne.

<https://apropos.erudit.org/fr/usagers/politique-dutilisation/>

érudit

Cet article est diffusé et préservé par Érudit.

Érudit est un consortium interuniversitaire sans but lucratif composé de l'Université de Montréal, l'Université Laval et l'Université du Québec à Montréal. Il a pour mission la promotion et la valorisation de la recherche.

<https://www.erudit.org/fr/>

L'évolution De La Partie VII De La Loi Sur Les Langues Officielles : Un Objectif Ambitieux À La Recherche De Moyens Efficaces

Érik Labelle Eastaugh*

Depuis son adoption en 1988, la Partie VII de la Loi sur les langues officielles suscite autant d'espoirs que de déceptions. Formulée de façon trop générale, la première version sera déclarée non justiciable par les tribunaux. La deuxième, pourtant formulée de façon plus précise, sera elle aussi privée d'effet concret, avant que la Cour d'appel fédérale n'intervienne en 2022 dans l'arrêt FFCB pour remettre les pendules à l'heure. Le présent article propose un bilan des progrès réalisés jusqu'à aujourd'hui et cherche à cerner plus en détail les questions qui attendent toujours une réponse claire en droit positif. Dans un premier temps, l'auteur aborde la question de la justiciabilité de la Partie VII, qui a fait l'objet d'un long débat et qui a donné lieu à un certain va-et-vient entre les tribunaux et le législateur, afin de résumer l'état du droit actuel. Ensuite, l'auteur analyse l'obligation de consulter reconnue par l'arrêt FFCB, ainsi que la condition préalable qui en déclenche l'application, soit le fait d'envisager la prise d'une décision susceptible d'avoir un effet sur l'« épanouissement » ou le « développement » d'une « minorité francophone ou anglophone », critère dont la portée demeure nébuleuse vu que les termes en question n'ont toujours pas été définis de façon claire par la jurisprudence. En s'appuyant sur des arrêts traitant de questions connexes, sur les travaux parlementaires précédant les modifications apportées à la Partie VII et sur les recherches en sociolinguistique, l'auteur esquisse une hypothèse quant à la nature et la portée des intérêts protégés.

Since its adoption in 1988, Part VII of the Official Languages Act has given rise to both hope and disappointment. Too broadly worded, the first version was declared non-justiciable by the courts. The second, though more precisely drafted, was also deprived of concrete effect, before the Federal Court of Appeal intervened in 2022 in the FFCB matter to set the record straight. This article takes stock of the progress made to date and seeks to identify in greater detail the questions still awaiting a clear answer in positive law. First, the author addresses the question of the justiciability of Part VII, which has been the subject of a lengthy debate and back-and-forth between the courts and the legislature, in order to summarize the current state of the law. Next, the author analyzes the duty to consult recognized in FFCB, as well as the precondition that triggers its application, namely the fact of contemplating a decision likely to have an effect on the “vitality” or “development” of a “French or English linguistic minority,” a criterion whose scope remains nebulous given that the terms in question have still not been clearly defined by case law. Drawing on cases dealing with related issues, on the parliamentary work preceding the amendments to Part VII, and on sociolinguistic research, the author makes assumptions about the nature and scope of the protected interests.

* Doyen et professeur agrégé, Faculté de droit, Université de Moncton

I. CONTEXTE GÉNÉRAL

La *Charte canadienne des droits et libertés*, adoptée en 1982¹, a imposé de nouvelles obligations à l'État fédéral en matière linguistique. Le Parlement a donc jugé nécessaire de procéder à une refonte de la *Loi sur les langues officielles*², adoptée pour la première fois en 1969, afin de la rendre pleinement conforme à la *Charte*³. Un des objectifs de la nouvelle loi, adoptée en 1988, était de mettre en place un régime administratif allant au-delà d'un bilinguisme formel qui inciterait les institutions fédérales à s'intéresser davantage aux communautés de langue officielle en situation minoritaire (« CLOSM ») ainsi qu'à la vitalité de la langue française.

La première mouture de la *LLO*, adoptée par le gouvernement libéral de Pierre Trudeau, se concentrait principalement sur les rapports entre les individus et l'État. Ainsi, elle ne reconnaissait pas les communautés linguistiques sur le plan collectif et ne cherchait pas directement à protéger ou à renforcer leur vitalité sociolinguistique⁴. Cette lacune avait été critiquée par plusieurs, notamment le futur juge à la Cour suprême du Canada et expert en droits linguistiques Michel Bastarache, qui réclamait une refonte de la *LLO* afin d'y inscrire une reconnaissance explicite des collectivités linguistiques⁵. Cette perspective a trouvé un écho favorable chez le gouvernement conservateur de Brian Mulroney, qui avait déjà choisi d'agir dans le sens d'une plus grande reconnaissance des aspects collectifs de la question linguistique dans le cadre des modifications qu'il proposait à la Constitution via l'Accord du lac Meech⁶.

La réforme de 1988, qui se voulait en fait l'accompagnement de Meech⁷, cherchait donc à faire évoluer la *LLO* dans cette direction, et ce, en visant tout particulièrement les CLOSM⁸, dont les intérêts étaient, selon plusieurs, négligés par l'Accord. La nouvelle loi s'est notamment donnée comme objet « d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones »⁹, et la nouvelle Partie VII (« Progression

¹ *Loi constitutionnelle de 1982*, Annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada (R-U)*, 1982, c 11.

² LRC (1985), ch. 31 (4^e suppl.) [*LLO*].

³ Voir les commentaires du ministre de la Justice qui présentait le projet de loi pour sa deuxième lecture « Loi sur les langues officielles », 2^e lecture, *Débats de la Chambre des communes*, 33-2, vol 10 (8 février 1988) à la p 12705 (Hon Raymond Hnatyshyn).

⁴ Michel Bastarache, « Pour une nouvelle loi sur les langues officielles du Canada » (1988) 19 RGD 203 à la p 204 ; Kenneth McRoberts, « Making Canada Bilingual: Illusions and Delusions of Federal Language Policy » dans David P Shugarman, Reginald Whitaker et Donald V Smiley, dir., *Federalism and political community : essays in honour of Donald Smiley* (Peterborough, Ont : Broadview Press, 1989) à la p 161 ; André Burelle, *Le Mal canadien : essai de diagnostic et esquisse d'une thérapie* (Fides 1995) à la p 65 et ss.

⁵ Michel Bastarache, « Pour une nouvelle loi sur les langues officielles du Canada » (1988) 19 RGD 203 à la p 204.

⁶ « Documents du Lac Meech » (1992) 37:1 RD McGill 145 (L'Accord prévoyait notamment comme suit : « (1) Toute interprétation de la Constitution du Canada doit concorder avec : a) la reconnaissance de ce que l'existence de Canadiens d'expression française, concentrés au Québec, mais présents aussi dans le reste du pays, et de Canadiens d'expression anglaise, concentrés dans le reste du pays, mais aussi présents au Québec, constitue une caractéristique fondamentale du Canada ; b) la reconnaissance de ce que le Québec forme au sein du Canada une société distincte » à la p 166).

⁷ *Supra* note 3. Selon Linda Cardinal, « la partie VII et l'accord du lac Meech ont été pensés pour aller de pair. L'un nous semble difficilement compréhensible sans l'autre » : *Étude du projet de Loi S-3. Présenté au Comité permanent des langues officielles de la Chambre des Communes du Canada.*, par Linda Cardinal, Ottawa, Ontario, 29 septembre 2005, à la p 4.

⁸ *Ibid* ; Michel Doucet, « La partie VII de la Loi sur les langues officielles du Canada : une victoire à la Pyrrhus ou un réel progrès? » (2007) RCLF, vol 9, à la p 31 (Le premier ministre Mulroney écrivait à l'époque, dans une lettre adressée au conseil des ministres, qu'« il est... primordial que tous les ministères et organismes fédéraux contribuent au développement et à l'épanouissement de ces communautés minoritaires et qu'ils tiennent compte de leurs besoins et intérêts dans l'élaboration de leurs politiques et la mise en œuvre de leurs programmes » à la p 64) [*Doucet - La partie VII*].

⁹ *LLO*, *supra* note 2, para 2 b).

vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais ») prévoyait, à l'article 41, que « [l]e gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement, [...] ainsi qu'à promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne¹⁰ ».

Si elle représentait sans aucun doute une forme de progrès, il faut reconnaître que cette disposition ne péchait pas par excès de clarté. À quoi s'attendait-on, concrètement, en l'adoptant? Malheureusement, la réponse n'est pas évidente. Si l'on se penche sur le libellé de l'article 41, tel qu'adopté en 1988, on constate qu'il ne répond pas clairement à plusieurs questions de base qui ont soulevé (et dans certains cas soulèvent toujours) des obstacles importants à sa mise en œuvre, que ce soit au sein des institutions fédérales ou devant les tribunaux. Les questions les plus importantes à cet égard, ou du moins les plus évidentes, sont les suivantes : 1) L'engagement « d'appuyer le développement des minorités francophones et anglophones » impose-t-il une obligation justiciable? 2) Si oui, dans quelles circonstances cette obligation s'applique-t-elle (autrement dit, quelles décisions y sont assujetties)? et 3) Quelles mesures doivent-elle être prises pour qu'elle soit respectée? Malheureusement, les débats législatifs ayant précédé l'adoption de la refonte de 1988 ne nous éclairent pas davantage que le texte de loi à ce sujet. Après les avoir étudiés en détail, Linda Cardinal en arrive à la conclusion que la Partie VII a suscité peu d'intérêt au sein des comités et n'a « jamais fait l'objet d'interrogations lors des réunions¹¹ ». Autrement dit, elle aurait été adoptée sans étude ou réflexion approfondie¹².

Le caractère flou de l'article 41 a longtemps entravé sa mise en œuvre, notamment en donnant lieu à un débat judiciaire ardu et frustrant¹³. Néanmoins, suite à l'évolution du texte législatif et de la jurisprudence, nous pouvons désormais répondre aux questions susmentionnées, du moins en partie. Le présent article propose donc un bilan des progrès réalisés jusqu'à présent, et cherche à cerner plus en détail les questions qui attendent toujours une réponse claire.

Dans un premier temps (section 2 du présent article), nous aborderons la question de la justiciabilité de la Partie VII, qui a fait l'objet d'un long débat marqué par un certain va-et-vient entre les tribunaux et le législateur, et qui a réfréné le développement d'une réponse claire aux questions 2) et 3). Suite aux modifications apportées à la *LLO* en 2005, il est désormais clair que l'article 41 impose une obligation dont le non-respect peut être sanctionné par les tribunaux, bien qu'il ait fallu attendre la décision de la Cour d'appel fédérale dans l'affaire *FFCB*¹⁴, rendue en 2022, pour que ce principe soit confirmé de façon définitive.

Dans un deuxième temps (section 3), nous aborderons plus en détail les questions 2) et 3) susmentionnées. Ayant enfin écarté l'hypothèse de la non-justiciabilité, l'arrêt *FFCB* propose également un début de réponse à ces questions, que nous tenterons d'explicitier. Dans cette optique, nous porterons une attention particulière au fait que la Cour d'appel fédérale a reconnu que l'article 41 impose une obligation de consulter les CLOSM sur toute décision susceptible d'avoir un effet sur leur épanouissement ou leur développement. Toutefois, la portée précise de la condition préalable qui déclenche l'existence

¹⁰ En anglais : « 41. *The Government of Canada is committed to (a) enhancing the vitality of the English and French linguistic minority communities in Canada and supporting and assisting their development; and (b) fostering the full recognition and use of both English and French in Canadian society* ».

¹¹ *Étude du projet de Loi S-3. Présenté au Comité permanent des langues officielles de la Chambre des Communes du Canada.*, supra note 6 à la p 4.

¹² *Ibid.*

¹³ Érik Labelle Eastaugh, « Les droits linguistiques aux limites de la rationalité juridique : le curieux destin de la partie VII de la Loi sur les langues officielles » (2021) 17 *Minorités linguistiques et société* = *Linguistic minorities and society* 162, aux pp 163 à 165.

¹⁴ *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, 2022 FCA 14 [FFCB].

d'une telle obligation – et qui circonscrit en définitive la portée de l'obligation de prendre des « mesures positives » – à savoir le fait qu'une décision aura un effet sur l'« épanouissement » ou le « développement » d'une « minorité francophone ou anglophone », demeure nébuleuse, car ces termes n'ont toujours pas été définis de façon claire. Dans la section 4, nous proposerons un début de réponse en nous appuyant sur l'affaire *FFCB*, sur la jurisprudence relative aux droits linguistiques, sur les travaux parlementaires précédant l'adoption des modifications de 2005, et sur des recherches en sociolinguistique pertinentes.

II. LA JUSTICIABILITÉ

Avant même que l'article 41 ne soit adopté, certains disaient qu'il n'énoncerait qu'un engagement politique et qu'il n'en découlerait donc aucune contrainte juridique pour les institutions fédérales¹⁵. Une telle lecture trouvait d'ailleurs des échos dans les propos du ministre de la Justice Raymond Hnatyshin, qui avait fait remarquer, en présentant le projet de loi à la Chambre des communes, que « la langue dont on parle dans la partie VII est la langue d'encouragement. Ce n'est pas la langue de commande [sic]¹⁶ ». Par la suite, les avocats du ministère se sont appuyés sur cette déclaration pour prétendre que l'article 41 n'énonce qu'un engagement politique et n'impose donc aucune contrainte justiciable¹⁷. Certains experts étaient d'avis qu'il imposait une obligation « exécutoire » dont le non-respect pouvait être sanctionné par les tribunaux¹⁸, mais en 2004, la Cour d'appel fédérale avait rendu un jugement dans lequel elle statuait que l'article 41 était non justiciable¹⁹.

Le Parlement est intervenu en 2005 afin de contrecarrer l'effet de ce jugement. L'article 41 a été modifié pour y ajouter le paragraphe 41 (2), qui prévoit désormais qu'il « incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement ». Cette expression a été choisie afin de souligner qu'il s'agit bel et bien d'une obligation et non d'un simple engagement politique²⁰. Le législateur a également modifié la Partie X de la *LLO*, qui confère un droit de recours judiciaire pour faire sanctionner les manquements à la loi, afin d'autoriser explicitement les poursuites fondées sur une violation de la Partie VII. Ces ajouts ont pour effet de confirmer, du moins en principe, le caractère justiciable de l'obligation prévue au paragraphe 41 (2)²¹.

¹⁵ Linda Cardinal, *Étude du projet de Loi S-3. Présenté au Comité permanent des langues officielles de la Chambre des Communes du Canada.*, supra note 7 à la p 4.

¹⁶ *Ibid* aux pp 4-5.

¹⁷ Voir les commentaires du représentant du ministère de la Justice « PL S-32 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°27, à la p 8 (M Marc Tremblay) ; voir également Sénat, *La mise en œuvre de la Partie VII de la Loi sur les langues officielles : on peut faire encore mieux* (juin 2010) (présidente : L'hon. Maria Chaput) à la p 3.

¹⁸ Le sénateur Gerald-A. Beaudoin, constitutionnaliste réputé, était de cet avis : voir l'analyse de ses propos dans Érik Labelle Eastaugh, « Enforcing Part VII of the Official Languages Act: the Structure of s. 41 as a Legal Norm » (2017) 4 RDL 1 à la p 31. La commissaire aux langues officielles reconnaîtra l'ambiguïté de l'article 41 à cet égard : « PL S-32, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°26, aux pp 6-7. Pour sa part, le sénateur Jean-Robert Gauthier indiquera à plus d'une reprise être d'avis que l'article 41 était « exécutoire » : Érik Labelle Eastaugh, « La partie VII de la Loi sur les langues officielles : écueils surmontés et enjeux à venir » 5 RDL 38 aux pp 48-49.

¹⁹ *Forum des maires de la Péninsule acadienne c Canada (Agence d'inspection des aliments)*, CAF 2004 263 para 38 [*Forum des maires*].

²⁰ *Supra* note 2, para 41 (2).

²¹ *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, LC 2005, ch. 41.

Malheureusement, l'hypothèse selon laquelle l'article 41 serait non justiciable n'est pas morte pour autant. Le ministère de la Justice a continué de la défendre devant les tribunaux, et en 2018, la Cour fédérale lui a donné raison²² (dans un jugement qui sera toutefois infirmé en appel²³). Si cette stratégie semblait prometteuse, c'est que, malgré les modifications de 2005, le libellé de l'article 41 comportait toujours des ambiguïtés importantes quant aux circonstances d'application et du contenu de l'obligation de « veiller à ce que soient prises des mesures positives²⁴ ». S'agissant des circonstances d'application, ni le lieu, ni le moment, ni le contexte social ou institutionnel qui doit avoir cours pour que l'obligation soit engagée n'ont été précisés par le législateur. Les « mesures positives » doivent-elles être prises à des moments particuliers? Doivent-elles viser une région particulière? L'obligation découle-t-elle d'un contexte institutionnel ou social spécifique? Le paragraphe 41 (2) nous laisse sans réponse évidente. Il en va de même pour ce qui est du contenu de l'obligation. Qu'est-ce qu'une « mesure positive », et comment détermine-t-on si elle « met en œuvre » l'engagement du gouvernement envers l'« épanouissement » et le « développement » des CLOSM? Un nombre particulier de mesures positives doit-il être adopté? Comment fait-on pour évaluer la contribution d'une mesure à l'« épanouissement » et au « développement » d'une communauté linguistique? Là aussi, le texte nous laisse sur notre faim.

En principe, de telles ambiguïtés n'ont rien d'extraordinaire. Les dispositions législatives qui cherchent à régir une vaste gamme d'institutions publiques, comme celles de la Partie VII de la *LLO*, se limitent souvent à l'expression d'un principe général qui n'entre pas dans le menu détail, afin qu'elles puissent être adaptées aux circonstances particulières de chaque institution. Dans pareil cas, l'on s'attend normalement à ce que les tribunaux complètent l'œuvre du législateur en précisant les conditions d'application et le contenu de l'obligation au cas par cas.

Toutefois, dans l'affaire *FFCB*, la Cour fédérale a adopté en première instance une approche complètement différente. Selon elle, les tribunaux *ne peuvent pas* préciser les conditions d'applications du paragraphe 41 (2) puisqu'elles sont, de par leur nature même, *imprécisables*. Le caractère général du libellé, au lieu d'être porteur d'un principe abstrait dont les modalités doivent être précisées par les tribunaux, indique plutôt que le législateur souhaitait uniquement créer une « obligation générale d'agir », et non imposer des obligations « précises » ; le soin d'énoncer des normes plus contraignantes revient strictement au gouverneur en conseil, qui est investi du pouvoir d'adopter des règlements pour « fixer les modalités d'exécution » des paragraphes 41 (1) et 41 (2)²⁵. Par conséquent, l'obligation prévue au paragraphe 41 (2) n'exige pas que les institutions fédérales prennent des mesures positives spécifiques, et les tribunaux ne peuvent pas les sanctionner pour ne pas avoir pris une mesure particulière²⁶.

Autrement dit, « la question qui se pose quand on parle de la partie VII n'est pas de déterminer si une mesure est en “violation” de cette partie²⁷ ». Le rôle des tribunaux se limite à vérifier si les institutions fédérales ont pris « des mesures » qui « contribuent aux objectifs de l'article 41²⁸ ». Or, comme le soulignera avec raison la Cour d'appel fédérale en infirmant cette décision, une telle interprétation de la Partie VII de la *LLO* « la vide de tout son sens²⁹ ».

²² *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c Canada (Emploi et Développement social)*, 2018 CF 530.

²³ *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, 2022 CAF 14.

²⁴ Ce paragraphe et le suivant reprennent en substance un raisonnement que j'ai déjà exposé ailleurs : [référence omise afin de préserver l'anonymat].

²⁵ *Fédération des francophones de la Colombie-Britannique c Canada (Emploi et Développement social)*, *supra* note 22 aux paras 249-250.

²⁶ *Ibid* au para 221.

²⁷ *Ibid* au para 204.

²⁸ *Ibid* au para 185.

²⁹ *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, *supra* note 23 au para 145.

Même si la Cour fédérale prétendait tenir compte des modifications de 2005 qui cherchaient à rendre l'article 41 justiciable, en pratique, son interprétation avait pour effet de le rendre non justiciable. En vertu de cette interprétation, le fait d'avoir pris au moins quelques mesures qui contribuent, ne serait-ce que de façon dérisoire, à l'épanouissement et au développement des CLOSM, et ce, dans n'importe quel lieu ou contexte, constituerait une défense complète à tout recours fondé sur la Partie VII. Or, comme les institutions fédérales ont toutes pris certaines mesures de cette nature, une telle interprétation leur confère systématiquement une immunité *de facto*. Par ailleurs, elle invite les tribunaux à entreprendre une analyse holistique et décontextualisée des mesures prises par les institutions fédérales, ce qui est en porte-à-faux avec le régime procédural de la *LLO*. Ce dernier est articulé sur l'existence d'une plainte au Commissaire faisant état « d'un cas précis » de manquement à la loi et vise donc sur les violations s'inscrivant dans un contexte décisionnel précis³⁰. Somme toute, l'interprétation retenue par la Cour fédérale bafouait l'intention évidente du législateur, qui était d'ouvrir la porte au contrôle judiciaire de décisions particulières.

Les conclusions de la Cour fédérale découlaient principalement de sa conception de la nature de l'obligation énoncée au paragraphe 41 (2). À son avis, le paragraphe 41 (2) impose une obligation essentiellement *discrète*, en ce sens qu'elle est susceptible d'être acquittée par un geste particulier à durée limitée. Or, selon une deuxième hypothèse, défendue en appel par la demanderesse (la Fédération des francophones de la Colombie-Britannique) et par les deux intervenants³¹, et validée en définitive par la Cour d'appel fédérale, l'obligation en cause est de nature *continue*. Ainsi, l'arrêt *FFCB* nous enseigne que le paragraphe 41 (2) impose une obligation « continue » qui « s'applique tant et aussi longtemps qu'une institution fédérale peut agir afin d'atteindre l'objectif envisagé³² ».

Dès lors, le fait d'avoir déjà pris des mesures positives quelconques dans un contexte donné n'a pas automatiquement pour effet de réduire la portée de l'obligation d'en prendre dans un autre³³. Autrement dit, il se s'agit pas d'une obligation de prendre « des mesures positives » quelconques, dont la nature et l'occasion relèvent entièrement de la discrétion de l'institution, mais plutôt de prendre des mesures positives à chaque fois que l'engagement de base énoncé au paragraphe 41 (1) trouve application. Par conséquent, l'obligation énoncée au paragraphe 41 (2) s'applique à chaque décision que s'apprête à prendre une institution fédérale qui est susceptible d'avoir un effet sur l'épanouissement et le développement d'une CLOSM³⁴.

III. LES PREMIERS PAS VERS UN CONTENU PLUS PRÉCIS : L'OBLIGATION DE CONSULTER

Ayant atteint une telle conclusion, la Cour d'appel fédérale a dû poursuivre son analyse et définir avec plus de précision le contenu de l'obligation en cause. L'arrêt *FFCB* nous enseigne que le tribunal appelé à déterminer si une décision particulière contrevient au paragraphe 41 (2) doit effectuer une analyse en deux volets. Dans un premier temps, il doit se demander si l'institution fédérale a été sensible à la situation

³⁰ *Supra* note 2, para 58 (1). Voir notamment *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, *supra* note 23 au para 153.

³¹ Voir Érik Labelle Eastaugh, « Les droits linguistiques aux limites de la rationalité juridique : le curieux destin de la partie VII de la Loi sur les langues officielles » (2021) 17 *Minorités linguistiques et société* = *Linguistic minorities and society* 162, aux pp 179 à 181.

³² *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, *supra* note 23 au para 141.

³³ *Ibid.*

³⁴ *Ibid* au para 152.

particulière de la CLOSM en cause, et si elle a notamment cherché à déterminer l'impact de la décision en question sur cette dernière³⁵. L'existence d'une telle obligation a pour corollaire que les institutions fédérales doivent être « à l'écoute et attentives aux besoins des minorités de langues officielles aux quatre coins du pays »³⁶, car faute d'une telle écoute, elles ne seront pas en mesure d'agir de façon à favoriser l'épanouissement de la minorité. Dans un deuxième temps, le tribunal doit se demander si l'institution fédérale a agi, « dans la mesure du possible », afin de favoriser l'épanouissement et le développement de la CLOSM en cause³⁷. Si la décision en cause est plutôt susceptible d'avoir un effet négatif, le tribunal doit déterminer si l'institution concernée a agi, « dans la mesure du possible, afin de pallier ou atténuer ces répercussions négatives³⁸ ».

A. L'existence d'une obligation de consulter

L'arrêt *FFCB* ne s'attarde pas sur la méthode que doivent suivre les institutions fédérales afin de se sensibiliser aux besoins et à la situation particulière d'une CLOSM. En l'espèce, le ministère en cause avait eu des échanges très détaillés sur plusieurs années avec les représentants de la communauté au sujet de la décision envisagée, dans le cadre desquels il avait eu l'occasion de prendre connaissance de la situation et des besoins particuliers de la CLOSM³⁹. Le problème à l'origine du litige ne tenait donc pas à un manque d'information, mais plutôt à ce que le ministère n'avait pas convenablement pris en compte les préoccupations soulevées par la communauté. L'analyse de la Cour s'est donc concentrée sur les mesures que le ministère aurait pu et dû prendre dans les circonstances et non sur l'élaboration de consignes relatives au processus de consultation lui-même⁴⁰.

Néanmoins, comme le démontrent les faits de cette affaire, l'obligation d'être sensible à la situation particulière des CLOSM et de tenir compte de leurs intérêts ne peut être respectée qu'en consultant les

³⁵ *Ibid* au para 163.

³⁶ *Ibid* au para 159.

³⁷ *Ibid* au para 163.

³⁸ *Ibid*.

³⁹ Le recours en l'espèce portait sur la conclusion et la mise en œuvre d'une entente entre Emploi et Développement social Canada (EDSC), la Commission de l'assurance-emploi du Canada et le gouvernement de la Colombie-Britannique, qui cherchait à réorganiser la prestation de services de développement de la main-d'œuvre offerts dans cette province. Conclue en 2008, l'entente prévoyait que de nombreux services qui étaient jusqu'alors offerts directement par EDSC et la Commission seraient désormais fournis par la province, qui recevrait une subvention du gouvernement fédéral pour financer les services en cause. Bien qu'assortie de conditions, notamment une clause linguistique exigeant la prestation de services dans les deux langues officielles, l'entente permettait à la Colombie-Britannique d'imposer des modifications au modèle de prestation de services qui, selon la *FFCB*, nuisaient à l'épanouissement et au développement de la communauté francophone. Alors que, sous le régime fédéral, cette dernière bénéficiait d'un service offert « par et pour » la communauté (c'est-à-dire un service offert par des organismes francophones, financés par l'État, mais fonctionnant de façon autonome par rapport aux prestataires de services de langue anglaise), l'entente permettait à la Colombie-Britannique de mettre fin à l'autonomie fonctionnelle des unités francophones et d'imposer un modèle de « guichet unique », dans lequel tous les services devraient être offerts par un même point de service géré par un organisme anglophone ou anglo-dominant. La *FFCB*, qui était d'avis que l'abandon du modèle « par et pour » nuirait à la qualité des services offerts à la minorité francophone et porterait atteinte à son épanouissement et à son développement sur le plan sociolinguistique, et qui a reconnu très tôt dans les négociations qu'il s'agissait d'une conséquence potentielle de l'entente, a soulevé cette préoccupation avec le gouvernement fédéral à plusieurs reprises avant la conclusion de cette dernière. Malgré cela, le gouvernement fédéral n'a pas réellement tenté de mesurer l'impact des changements envisagés sur la communauté francophone, ce qui a amené la Cour d'appel fédérale à conclure qu'il n'avait pas respecté ses obligations en vertu de la Partie VII.

⁴⁰ *Ibid* aux paras 175 à 182.

représentants de celles-ci⁴¹. De plus, les débats législatifs ayant précédé l'adoption de la version actuelle de l'article 41 en 2005 portent à croire que le législateur reconnaissait que cette dernière aurait pour effet d'imposer une obligation de consulter. Par exemple, le sénateur Jean-Robert Gauthier, parrain du projet de loi, a souligné que l'objet de celui-ci était entre autres de rendre justiciables les principes du « Cadre d'imputabilité et de coordination en langues officielles » adopté par le Bureau du Conseil privé en 2003 dans le cadre du *Plan d'action pour les langues officielles*. Le Cadre énonçait certaines lignes directrices que devaient suivre les institutions fédérales afin de respecter leurs obligations en matière de droits linguistiques. S'agissant de la Partie VII, le Cadre prévoyait que

[d]ans le cadre de sa planification stratégique, de la mise en œuvre de son mandat et du processus d'élaboration de politiques et de programmes, chaque institution fédérale doit... consulter, s'il y a lieu, les publics intéressés, en particulier les représentants des communautés minoritaires de langue officielle, dans le cadre de l'élaboration ou de la mise en œuvre de politiques et de programmes⁴².

La ministre du Patrimoine canadien, Liza Frulla, a décrit l'effet du projet de loi S-3 de façon semblable⁴³. L'hypothèse que l'article 41 impose une obligation de consulter trouve également des appuis dans la jurisprudence relative aux articles 20 et 23 de la *Charte*. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada a statué que l'objet de l'article 23 est de « favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation⁴⁴ ». Cet article vise donc, en matière d'éducation, le même objectif que l'article 41 de la *LLO*. Il importe donc de noter que la Cour a conclu que l'article 23 confère à la minorité un pouvoir de gestion et de contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel. Cette conclusion était fondée, entre autres, sur le constat selon lequel « les minorités linguistiques ne peuvent pas être toujours certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles⁴⁵ ». L'arrêt *Mahe* appuie donc l'hypothèse selon laquelle la prise en compte des besoins et de la situation particulière d'une CLOSM en vertu de l'article 41 de la *LLO* exige une participation directe des représentants de cette dernière au processus décisionnel. Le degré minimal de participation qui permettrait de répondre à cette exigence serait une forme de consultation.

Il y a également lieu de mentionner l'arrêt *Desrochers*⁴⁶, qui porte sur les obligations découlant de l'article 20 de la *Charte* et de la Partie IV de la *LLO*. La question de base qui se posait en l'espèce était de

⁴¹ Voir la note 40 ci-dessus. Voir aussi généralement Serge Rousselle, « Modifications à la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* : L'obligation de consulter » (2007) 9 RCLF 183 [Modifications à la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles*].

⁴² « PL S-3 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 38-1, n°1 aux pp 21-22 ; Bureau du Conseil privé, *Le prochain acte - un nouvel élan pour la dualité linguistique canadienne : le plan d'action pour les langues officielles* (2003) à la p 70.

⁴³ « PL S-3 *Loi sur les langues officielles* », *Procès-verbaux du Comité permanent des langues officielles*, 38-1, n°35 (31 mai 2005) (Hon Liza Frulla) (« [E]n vertu de ces propositions, les institutions fédérales se verraient tenues, lorsqu'elles élaborent des politiques ou des programmes, de vérifier l'incidence de chaque politique ou programme sur la promotion du français et de l'anglais, de consulter, s'il y a lieu, les organismes intéressés, notamment ceux qui représentent les minorités francophones et anglophones du Canada ; et de tenir compte des incidences de la promotion du français et de l'anglais et du résultat des consultations » à la p 2).

⁴⁴ *Mahe c Alberta* [1990] 1 RCS 342, 1990 CanLII 133 aux pp 362.

⁴⁵ *Ibid* aux pp 362, 372.

⁴⁶ *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, au para 53.

savoir si les institutions fédérales ont l'obligation d'offrir un service à contenu distinct à chaque communauté de langue officielle en fonction de ses besoins particuliers, ou si elles peuvent plutôt offrir un service identique aux deux groupes, pourvu qu'il soit disponible dans les deux langues. La Cour suprême a conclu que le contenu de certains services – dont celui des services de développement économique communautaire en cause – doit varier d'une communauté à l'autre en raison de la nature même du service. De plus, la Cour a conclu que, dans de telles circonstances, le droit d'une communauté de recevoir des services de qualité égale dans sa langue inclut le droit de participer à la définition du contenu des programmes. La Cour a notamment souligné qu'« [i]l est difficile de concevoir comment [une] institution fédérale pourrait rendre [d]es services de développement économique communautaire sans la participation des communautés visées, tant pour ce qui a trait à l'élaboration des programmes qu'à leur mise en œuvre⁴⁷ ». Ainsi, l'arrêt *Desrochers* reconnaît un principe selon lequel une CLOSM doit être consultée lorsque le contenu d'une obligation linguistique découlant de la *LLO* varie en fonction des intérêts particuliers de la communauté linguistique concernée – comme dans le cas de l'article 41.

B. Le contenu de l'obligation de consulter

Comme l'arrêt *FFCB* ne remonte qu'à 2022, l'obligation de consulter qui découle de l'article 41 de la *LLO* n'a pas encore été étudiée en détail par les tribunaux⁴⁸. Cependant, elle présente des parallèles évidents avec l'obligation de consulter les peuples autochtones en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*⁴⁹. Même si cette obligation repose sur des fondements constitutionnels différents, la jurisprudence qui en traite peut nous aider à définir, d'un point de vue procédural, en quoi consiste une consultation efficace et sérieuse d'un groupe non dominant.

L'obligation de consulter les peuples autochtones prend effet lorsque le gouvernement s'apprête à prendre une décision qui risque de porter atteinte aux intérêts d'un peuple autochtone faisant l'objet d'un droit ou titre ancestral (ou issu d'un traité) reconnu ou revendiqué⁵⁰. L'obligation existe selon un « continuum ». Lorsque « la revendication de titre est peu solide, le droit ancestral limité ou le risque d'atteinte faible », l'obligation de consulter sera faible. À l'autre extrême, là « où la revendication repose sur une preuve à première vue solide, où le droit et l'atteinte potentielle sont d'une haute importance pour les Autochtones et où le risque de préjudice non indemnisable est élevé », l'obligation de consulter inclut l'obligation de « tenir une consultation approfondie en vue de trouver une solution provisoire acceptable⁵¹ ».

Autrement dit, l'obligation de consulter les peuples autochtones découle de la revendication d'un droit ou d'un titre ancestral et son intensité varie en fonction de la solidité de celle-ci. L'objectif de la consultation n'est pas de déterminer le bien-fondé de la revendication, mais plutôt de permettre au peuple autochtone concerné de faire valoir les intérêts qui en découlent dans le cadre du processus décisionnel. À l'extrémité supérieure du continuum, l'obligation de *consulter* est assortie d'une obligation

⁴⁷ *Ibid* au para 54.

⁴⁸ Une décision à ce sujet sera probablement rendue en 2024 dans *Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick c ministère de la Justice du Canada*, CF, T-532-20. La section suivante s'inspire du mémoire de la demanderesse dans cette affaire. L'auteur du présent article est l'un des avocats de la demanderesse.

⁴⁹ Voir généralement Rousselle, *supra* note 41.

⁵⁰ *Nation haïda c Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73 au para 54 [*Nation haïda*] ; *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, aux paras 78-79.

⁵¹ *Ibid* aux paras 43-44. Soulignons que l'obligation de consulter reconnue dans *Nation haïda* a été critiquée ; voir notamment Nigel Bankes, « The Duty to Consult in Canada Post-Haida Nation », (2020) 11 *Arctic Review on Law and Politics*, 256–279, aux pp 264 à 266, qui recense diverses préoccupations soulevées à cet égard. Toutefois, les principales critiques ne remettent pas en cause son utilité pour ce qui est de la question qui nous intéresse.

d'*accommodement*, car le gouvernement doit modifier la décision envisagée afin d'éviter (ou du moins de minimiser) l'atteinte au droit ou au titre revendiqué.

À première vue, l'obligation qui découle de l'article 41 de la *LLO* semble être structurée de façon différente. L'existence d'une telle obligation ne tient pas à ce que la CLOSM ait revendiqué un droit quelconque, mais plutôt à ce qu'une institution fédérale s'apprête à prendre une décision susceptible d'avoir un effet sur son épanouissement ou son développement, décision devant être assortie de mesures pouvant être qualifiées de « positives » à cet égard. Ainsi, l'obligation prend naissance à l'« interne », du moins formellement ; l'institution fédérale qui a raison de croire qu'une décision envisagée risque d'avoir un effet sur les intérêts visés par l'article 41 doit entamer, de sa propre initiative, un processus de consultation, et ce, même si la CLOSM n'a pas encore formulé de revendication par rapport aux enjeux concernés. Le processus de consultation vise donc deux objectifs différents, bien que complémentaires : 1) permettre à l'institution de déterminer si, en effet, la mesure envisagée aurait des effets sur l'épanouissement et le développement d'une CLOSM ; et, si oui, 2) permettre à l'institution de prendre une décision qui répond à son obligation de prendre des « mesures positives » à cet égard.

Or, malgré ces différences apparentes, l'obligation de consulter découlant de l'article 41 possède une structure semblable à celle applicable vis-à-vis des peuples autochtones. Premièrement, l'obligation de prendre des mesures positives impose implicitement une obligation d'éviter de prendre des mesures ayant un effet négatif sur les intérêts protégés⁵². Le cas échéant, la consultation lors de l'étape 2) devra donc chercher à développer des accommodements permettant d'éliminer (ou du moins minimiser) les effets négatifs. Ainsi, comme dans les situations auxquelles s'applique l'arrêt *Nation haïda*, le processus de consultation cherche à bien comprendre l'effet potentiel d'une décision envisagée sur des intérêts légalement protégés, et à trouver moyen d'éviter toute atteinte à ces derniers.

Évidemment, l'obligation de prendre des mesures positives ne se limite pas à l'obligation de s'abstenir de prendre des décisions ayant un effet négatif ; nous y reviendrons plus loin. Toutefois, cette réalité ne change rien à l'objet de base du processus de consultation, à savoir, de prendre connaissance des effets potentiels de la décision envisagée sur une communauté particulière et de développer, avec sa participation, une approche qui permet de respecter les obligations de l'État vis-à-vis ses intérêts protégés. Par ailleurs, bien que l'arrêt *FFCB* ne mentionne pas l'existence d'un « spectre » comme celui que l'on retrouve dans le cadre de l'obligation de consulter les peuples autochtones, il est tout de même logique de supposer que l'intensité de l'obligation découlant de l'article 41 varie en fonction de considérations semblables. Si, dans un cas donné, il y a peu de raisons de croire qu'une décision envisagée aura un effet sur l'épanouissement ou le développement d'une CLOSM (soit l'équivalent d'une revendication « faible » au sens de l'arrêt *Nation haïda*), les consultations requises seront relativement minimales, du moins dans un premier temps. Par ailleurs, si elles ne révèlent aucun lien réel ou probable entre la décision et les intérêts protégés, l'institution n'aura pas d'obligation d'*accommodement*. En revanche, si les échanges initiaux avec la CLOSM semblent confirmer l'existence d'un tel lien, l'institution sera tenue de procéder à des consultations plus élaborées et pourrait même voir naître l'obligation de modifier la décision envisagée, comme à l'extrémité « forte » du spectre dans l'arrêt *Nation haïda*.

Tout cela pour dire qu'il nous paraît tout à fait sensé de s'inspirer des enseignements de la Cour suprême relatifs à l'obligation de consulter les peuples autochtones afin de définir les éléments qui doivent être présents pour qu'il y ait une consultation valable en vertu de l'article 41 de la *LLO*. Or, selon l'arrêt *Nation haïda*, une telle obligation comporte, au minimum, les éléments suivants :

⁵² La Partie VII n'interdit pas absolument la prise de mesures négatives, mais elle exige que de telles mesures soient accompagnées de mesures positives visant à pallier les effets négatifs. Voir *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, *supra* note 23, au para 186.

- a) l'obligation d'accorder un préavis de la décision proposée à la CLOSM visée ;
- b) l'obligation de lui fournir des renseignements ;
- c) l'obligation de discuter avec la CLOSM de toute question soulevée par celle-ci suite au préavis⁵³.

L'arrêt *Nation haïda* souligne de plus qu'une consultation « véritable » n'est « pas seulement un simple mécanisme d'échange de renseignements. Elle comporte également des mises à l'épreuve et la modification éventuelle des énoncés de politique compte tenu des renseignements obtenus ainsi que la rétroaction ». Elle consiste donc, entre autres :

- à recueillir des renseignements pour mettre à l'épreuve les énoncés de politique ;
- à proposer des énoncés qui ne sont pas encore arrêtés définitivement ;
- à chercher à obtenir l'opinion du groupe concerné sur ces énoncés ;
- à écouter avec un esprit ouvert ce que le groupe a à dire sans avoir à en faire la promotion ;
- à être prêt à modifier l'énoncé original ;
- à fournir une rétroaction tant au cours de la consultation qu'après la prise de décision⁵⁴.

Ainsi, les enseignements de l'arrêt *Nation haïda* nous apprennent que, pour satisfaire à l'obligation de consulter, les échanges entre l'institution fédérale et la CLOSM concernée doivent être empreints d'un certain formalisme. La CLOSM doit être en mesure de comprendre qu'une décision lourde de conséquences se dessine à l'horizon et qu'elle aura l'occasion de faire valoir son point de vue sur la question avant que la décision ne soit prise de façon définitive. Des échanges informels qui ne communiquent pas clairement l'intention de prendre une décision particulière ou qui ne sollicitent pas explicitement les commentaires de la CLOSM quant aux effets potentiels de celle-ci en amont de la prise de décision ne respectent pas les exigences du paragraphe 41 (2).

IV. COMMENT DÉFINIR L'« ÉPANOUISSEMENT » ET LE « DÉVELOPPEMENT » D'UNE CLOSM?

La reconnaissance d'une obligation de consulter découlant de la Partie VII de la *LLO*, que plusieurs auteurs avaient préconisée⁵⁵, constitue un progrès majeur. Toutefois, les conditions qui déclenchent son application demeurent floues. En quoi consiste l'« épanouissement » et le « développement » d'une CLOSM, et comment fait-on pour déterminer si une décision envisagée est susceptible d'avoir un effet

⁵³ *Nation haïda*, *supra* note 50 au para 43.

⁵⁴ *Ibid* au para 46.

⁵⁵ Serge Rousselle, « Modifications à la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* : L'obligation de consulter » (2007) 9 RCLF 183 ; Michel Doucet, « La partie VII de la Loi sur les langues officielles du Canada : une victoire à la Pyrrhus ou un réel progrès » (2007) 9 RCLF 31 aux pp 73-75 [Doucet - La partie VII] ; Michel Doucet, « La décision judiciaire qui ne sera jamais rendue : l'abolition du programme de contestation judiciaire du Canada et la Partie VII de la *Loi sur les langues officielles* » (2008) 10 RCLF 27 à la p 38 [La décision judiciaire qui ne sera jamais rendue] ; Martin Normand, « L'autonomie eu égard à la mise en œuvre de la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* » (2012) 1 Minorités linguistiques et société 229 à la p 240 ; Érik Labelle Eastaugh, « Enforcing Part VII of the Official Languages Act: the Structure of s. 41 as a Legal Norm » (2017) 4 Revue de droit linguistique 1 aux pp 31, 37. Voir également les recommandations 3, 5 et 6 dans Comité sénatorial permanent sur les langues officielles, *La modernisation de la Loi sur les langues officielles : la perspective des institutions fédérales et les recommandations*, Sénat du Canada, aux pp 33-34.

sur eux? Il s'agit de questions complexes auxquelles nous ne pouvons répondre de façon complète et définitive dans le cadre du présent texte, mais il y a lieu de formuler quelques observations préliminaires. D'abord, il faut noter que la première question mobilise trois concepts distincts : 1) la notion de « minorité francophone ou anglophone » (en anglais : « *English and French linguistic minority communities* ») ; 2) la notion d'« épanouissement » (en anglais : « *vitality* ») ; et 3) la notion de « développement » (en anglais : « *development* »). Les termes « épanouissement » et « développement » désignent les intérêts protégés et jouent donc un rôle prépondérant dans la définition de la portée de l'obligation en cause. Toutefois, la nature des intérêts protégés sera forcément tributaire de la définition que l'on retiendra de la notion d'une « minorité francophone ou anglophone », qui désigne le ou les sujets dont les intérêts sont protégés. Il convient donc de s'attarder à cette dernière notion en premier.

A. La « minorité francophone ou anglophone » (« *linguistic minority community* »)

L'expression « minorité francophone ou anglophone » n'a pas été définie par le législateur. De quoi s'agit-il au juste? Le sens ordinaire et grammatical de l'expression nous apprend certaines choses⁵⁶. Le fait qu'il soit question de « minorité » francophone ou anglophone indique qu'il s'agit d'une entité définie en fonction des frontières provinciales ; sinon, il n'y aurait pas de minorité anglophone. L'article 41 rejoint donc le préambule de la *LLO*, qui opère une distinction entre les « deux collectivités de langue officielle » dans leur totalité et les « minorités » qu'elles renferment. Il s'ensuit qu'une « minorité francophone ou anglophone » s'entend d'un groupe de personnes unies par la langue en question au sein d'une province où ces dernières sont minoritaires. Il y aurait donc un certain parallèle à faire avec l'article 23 de la *Charte*, qui s'applique en fonction d'un cadre de référence provincial. Toutefois, à la différence de l'article 23, l'article 41 ne comporte pas de règles précises visant à définir les critères d'appartenance au groupe concerné, et il n'est pas formulé en fonction d'un droit individuel.

Cette différence entre l'article 41 et l'article 23 nous amène en fait à poser la question suivante : la Partie VII protège-t-elle des intérêts individuels ou collectifs? La question n'a pas encore été abordée de façon directe, mais notre analyse de la jurisprudence nous porte à croire qu'il s'agit d'une notion hybride qui regroupe les deux types d'intérêts.

L'hypothèse selon laquelle l'article 41 protège des intérêts collectifs repose sur deux fondements principaux. Premièrement, les termes employés par le législateur pour désigner le sujet de l'obligation portent à croire qu'il s'agit d'une collectivité et non d'un simple agrégat d'individus. Une collectivité se distingue d'un agrégat d'individus par le fait qu'elle possède des caractéristiques qui lui sont propres, c'est-à-dire qui existent uniquement sur le plan collectif et qui ne découlent donc pas d'une simple accumulation d'attributs individuels. Par exemple, les attributs d'une institution, comme une entreprise ou un État, ne peuvent être convenablement décrits comme des attributs des individus qui la composent ; ils peuvent uniquement être décrits comme des faits « sociaux-institutionnels » ou « collectifs⁵⁷ ». Autrement dit, il s'agit d'entités qui possèdent des attributs *irréductiblement* collectifs. Or, selon la jurisprudence relative aux droits linguistiques, notamment celle découlant de l'article 23 de la *Charte*, les expressions « minorité francophone ou anglophone » et « *linguistic community* » désignent des ensembles qui possèdent des attributs irréductiblement collectifs⁵⁸. Soulignons également à nouveau que les

⁵⁶ *British Columbia Human Rights Tribunal c Schrenk*, 2017 CSC 62 (Selon le « principe moderne » d'interprétation législative, « il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'[économie] de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » au para 30).

⁵⁷ J'ai déjà exposé cet argument en grand détail dans Érik Labelle Eastaugh, « The concept of a linguistic community » (2018) 69:1 *University of Toronto Law Journal* 117.

⁵⁸ *Ibid* à la p 138 et ss.

« minorités francophones et anglophones » sont désignées par le préambule de la *LLO* comme faisant partie des « collectivités de langue officielle » plus larges (en anglais : « *official language communities of Canada* »), ce qui appuie une telle interprétation de l'article 41.

Deuxièmement, l'hypothèse que ce dernier protège des intérêts collectifs est appuyée par la jurisprudence relative à la Partie VII. Les conséquences négatives relatives à l'épanouissement et au développement de la minorité francophone de la Colombie-Britannique recensées par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *FFCB* portent surtout sur l'effet de l'entente sur la vitalité et l'effectivité de certains organismes communautaires⁵⁹. La Cour a notamment souligné le rôle névralgique de ces organismes dans le développement et le maintien de la collectivité francophone⁶⁰. De tels effets relèvent du plan collectif et non individuel.

Cela dit, la protection des intérêts collectifs ne semble pas se faire à l'exclusion des intérêts individuels. Dans l'arrêt *Picard*, la Cour fédérale a statué que le paragraphe 41 (2) interdit aux institutions fédérales de priver les Canadiens ne parlant pas une des langues officielles « d'informations importantes tant sur le plan juridique que sur le plan scientifique⁶¹ ». Cette conclusion était fondée principalement sur des intérêts individuels, qui jouissent donc également d'une certaine protection.

B. L'« épanouissement » et le « développement » de la minorité

Qu'en est-il alors des intérêts protégés, soit l'épanouissement et le développement? Encore une fois, il nous serait impossible de définir des notions aussi vastes de façon précise à ce stade-ci de l'évolution du droit ; nous n'avons de choix que d'attendre que leur sens se dégage au cas par cas par le biais de la jurisprudence. Toutefois, nous pouvons encore une fois formuler certaines observations préliminaires.

Selon le Grand Robert de la langue française, le terme « épanouissement » signifie le « fait de s'épanouir », au sens d'« entier développement ». S'épanouir, au sens figuré, signifie « s'élargir dans sa partie supérieure », « [s]e développer librement dans toutes ses possibilités ». La version anglaise du texte emploie le terme « *vitality* », et non « *fulfillment* », qui serait la traduction la plus directe d'« épanouissement ». Selon le Oxford English Dictionary, « *vitality* » signifie « [*v*]ital force, power, or principle as possessed or manifested by living things (cf. *vital* adj. 1) ; the principle of life; animation... The ability or capacity on the part of something of continuing to exist or to perform its functions; power of enduring or continuing ». Le sens commun des deux termes, qui doit être privilégié dans le cadre de l'interprétation d'une loi bilingue comme la *LLO*⁶², semble donc désigner les conditions de base du maintien, voire de la croissance de la minorité en tant que collectivité linguistique.

De façon générale, la croissance ou le déclin d'un groupe linguistique dépend de toute une gamme de variables. Selon un modèle théorique très répandu (et ayant déjà été retenu par les tribunaux sous diverses guises⁶³), celui de la « vitalité ethnolinguistique », il y aurait trois facteurs principaux : le statut du groupe linguistique, sa démographie et sa complétude institutionnelle. Le statut d'un groupe linguistique s'entend du niveau de prestige social accordé à celui-ci ou à sa langue ; en général, les langues ayant un statut positif ou supérieur sont plus attractives que celles ayant un statut négatif ou inférieur. La démographie d'un groupe linguistique comprend sa taille absolue et relative au sein de la société en cause ainsi que son

⁵⁹ *Supra* note 23 au para 176.

⁶⁰ *Ibid* au para 177.

⁶¹ *Picard c Canada (Commissaire aux brevets)*, 2010 CF 86 aux paras 58, 65.

⁶² *R c Daoust*, 2004 CSC 6 au para 2.

⁶³ *Fédération franco-ténoise c Canada (Procureur général)*, 2006 NWTSC 20 aux paras 592-622, 625 ; *Lalonde v Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (1999), 22 Admin LR (3^e) 73, 1999 CanLII 19910. Voir aussi Stéphanie Chouinard, « Quand le droit linguistique parle de sciences sociales : l'intégration de la notion de complétude institutionnelle dans la jurisprudence canadienne » (2016) 3 RDL 60.

degré de concentration géographique ; toutes choses étant par ailleurs égales, les communautés qui sont fortement concentrées se maintiennent davantage ou plus aisément que celles qui sont très dispersées. Enfin, la notion de complétude institutionnelle désigne le degré de compréhensivité de l'éventail d'institutions sociales (entreprises, organismes communautaires et religieux, gouvernements, etc.) dans lesquelles la langue du groupe en question peut être employée. Plus il y a d'institutions dans lesquelles une langue peut être utilisée, plus elle sera perçue comme étant utile et comme méritant donc l'investissement requis pour l'apprendre, la maîtriser, la préserver et la transmettre à la prochaine génération. Dans la mesure où le modèle de vitalité ethno-linguistique correspond au visées de la Partie VII de la *LLO*, cette dernière imposerait aux institutions fédérales l'obligation de prendre des mesures ayant un effet positif sur l'une ou l'autre de ces variables.

Les travaux parlementaires ayant précédé l'adoption des modifications de 2005 appuient clairement une telle hypothèse, notamment en ce qui concerne la dimension institutionnelle. De nombreux intervenants ont soutenu que l'objet et l'effet de la nouvelle version de l'article 41 serait d'imposer l'obligation aux institutions fédérales d'appuyer la complétude institutionnelle de la minorité dans le cadre de leurs activités⁶⁴. Les commentaires du sénateur Rivest à cet égard résument bien l'enjeu :

La partie VII, ce n'est pas la Loi sur les langues officielles telle qu'on la conçoit. La Loi sur les langues officielles accorde l'égalité linguistique au Canada à des individus. Les tribunaux et la commissaire aux langues officielles peuvent facilement sanctionner ceux qui l'enfreignent.

[Dans la partie VII,] [o]n parle de mesures de soutien à l'activité communautaire. Au fil des ans, on a découvert que l'égalité linguistique et la dualité linguistique ne pouvaient pas s'adresser uniquement à des individus et ne pouvaient être supportées et viables que si elles s'appuyaient sur des communautés minoritaires dynamiques. C'est dans ce sens que des programmes — peu de programmes — ont été développés.

... On s'est rendu compte que les phénomènes d'assimilation des groupes minoritaires dans l'ensemble du Canada ne pouvaient être contrés uniquement par l'octroi de droits aux individus. Pour que les communautés minoritaires puissent survivre, il faut qu'il y ait des institutions⁶⁵ (nous soulignons).

Le raisonnement de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *FFCB* fait écho à de tels commentaires. Comme nous l'avons souligné plus haut, la Cour a fondé sa conclusion qu'il y avait eu violation de l'article 41 de la *LLO* sur le fait que la décision en cause avait eu des effets négatifs sur l'écologie institutionnelle de la

⁶⁴ « PL S-32 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°26 (21 février 2002) (Voir les commentaires du sénateur Bryden) à la p 20 ; « PL S-32 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°28 (7 mars 2002) (Voir les commentaires de la professeure Nathalie DesRosiers, doyenne de la Faculté de droit (section droit civil), Université d'Ottawa, et présidente de la Commission de réforme du droit du Canada) aux pp 17-21, 26 ; « PL S-32 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°23 (6 février 2002) (Voir les commentaires du sénateur Gauthier, qui indiquent que les modifications de 2005 s'inspiraient en grande partie de l'article 16.1 de la *Charte*) aux pp 6-7, 14.

⁶⁵ « PL S-32 *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)* » *Délibérations du Comité sénatorial permanent des Affaires juridiques et constitutionnelles*, 37-1, n°23 (6 février 2002) à la p 30.

communauté francophone, et ce, tout en soulignant le rôle important de ces institutions dans le maintien de la vitalité linguistique de la minorité.

V. CONCLUSION : VERS UNE PARTIE VII RENOUVELÉE?

L'adoption de la Partie VII de la *LLO* avait pour objet d'accorder une plus grande reconnaissance des CLOSM et de leurs besoins dans le cadre des activités des institutions fédérales. Malheureusement les obligations de ces dernières ont été formulées de façon excessivement vague et les tribunaux ont d'abord refusé de s'impliquer dans leur mise en œuvre. Les modifications apportées en 2005, qui avaient pourtant comme objectif explicite de rendre la Partie VII pleinement justiciable, se sont heurtées au même problème. La Cour d'appel fédérale a heureusement corrigé le tir, et son jugement dans l'arrêt *FFCB* (2022) ouvre enfin la porte à un développement progressif de la Partie VII au moyen de la jurisprudence. On peut donc s'attendre à ce que la portée de l'article 41 soit précisée davantage dans les années à venir, à supposer que les CLOSM se prévalent de leur droit de recours en nombres suffisants.

Il faut toutefois souligner que, depuis l'arrêt *FFCB*, le Parlement a procédé à une réforme substantielle de la *LLO*⁶⁶. L'échec temporaire des modifications de 2005 a suscité beaucoup d'intérêt pour une réforme, voire une refonte, de la Partie VII afin de surmonter la résistance des tribunaux par la voie législative. Dans son rapport sur la modernisation de la *LLO* publié avant l'arrêt *FFCB*, le Comité sénatorial permanent sur les langues officielles a recommandé des modifications importantes à la Partie VII⁶⁷, et plusieurs organismes, notamment la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, ont exercé des pressions politiques importantes dans ce sens. De tels efforts ont mené à l'adoption de la *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada* (LVERLOC), qui apporte de nombreuses modifications à la *LLO*, y compris la Partie VII.

Une analyse détaillée de la nouvelle version de la Partie VII nécessiterait un texte à part. Nous nous contenterons d'affirmer pour l'instant que, de façon générale, les modifications adoptées nous semblent être compatibles avec l'interprétation retenue par la Cour d'appel fédérale dans *FFCB*. La LVERLOC ajoute notamment des précisions à la Partie VII qui ne se trouvent pas dans la version antérieure, mais qui rejoignent les conclusions retenues *FFCB*, comme celle reconnaissant l'existence d'une obligation de consultation⁶⁸, ou celle imposant l'obligation d'adopter une politique en matière d'immigration francophone⁶⁹, question qui touche directement à la démographie des CLOSM et donc à leur « vitalité ethnolinguistique ». La LVERLOC exige également que les institutions fédérales « prennent en compte les impacts négatifs directs que leurs décisions structurantes pourraient avoir sur les engagements énoncés aux paragraphes (1) à (3), et ce afin de considérer les possibilités d'atténuer ces effets négatifs »⁷⁰, ce qui ressemble aux conclusions de la Cour d'appel fédérale.

Cela dit, il se peut que les précisions proposées n'aillent pas aussi loin que le jugement de cette dernière à ce chapitre, tout dépendant de l'interprétation qu'en adopteront les tribunaux. Par exemple, selon l'arrêt *FFCB*, l'obligation de tenir compte des effets négatifs s'applique à toute décision susceptible d'avoir un effet sur l'épanouissement et le développement des CLOSM, alors que l'alinéa 41 (7) b) ne s'applique qu'aux décisions « structurantes ». Par ailleurs, la LVERLOC impose une obligation de « considérer » les

⁶⁶ *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, LC 2023, c 15.

⁶⁷ Comité sénatorial permanent sur les langues officielles, *La modernisation de la Loi sur les langues officielles : la perspective des institutions fédérales et les recommandations*, Sénat du Canada, aux pp 33 et ss.

⁶⁸ *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, LC 2023, ch. 15, article 21 (portant modification de la *LLO* par l'ajout d'un paragraphe 41 (8)).

⁶⁹ *Ibid*, art 23 (portant modification de la *LLO* par l'ajout d'un article 44.1).

⁷⁰ *Ibid*, art 21 (portant modification de la *LLO* par l'ajout d'un paragraphe 41 (7)).

possibilités d'atténuer les effets négatifs, alors que l'arrêt *FFCB* prévoit une obligation de prendre des mesures de mitigation « dans la mesure du possible ».

Si les modifications étaient prises au pied de la lettre, elles pourraient constituer un recul par rapport à l'état du droit actuel. En revanche, vu que l'objet général des modifications semble être d'étendre la portée des obligations découlant de l'engagement prévu au paragraphe 41 (1) et non de la circonscrire, l'on pourrait faire valoir qu'elles ne devraient pas être interprétées de sorte à réduire la portée des obligations reconnues dans l'arrêt *FFCB*. Il y a fort à parier que la question fera l'objet d'un débat devant les tribunaux. Le ministère la Justice a systématiquement avancé des interprétations restrictives de la Partie VII à chaque étape de son évolution, et l'on peut supposer qu'il en fera de même avec celle-ci. La portée de l'obligation de consulter risque donc d'évoluer, pour le meilleur ou pour le pire.