

**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**

Michel DOUCET*

INTRODUCTION

En matière linguistique comme dans bien d'autres domaines, l'un des objectifs d'une action en justice est d'apporter une clarification aux droits. Ainsi, en matière du droit en l'enseignement dans la langue de la minorité, si les parents de l'Alberta, de l'Île-du-Prince-Édouard, de la Nouvelle-Écosse et de bien d'autres provinces et territoires canadiens n'avaient pas eu recours aux tribunaux pour obtenir des clarifications à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*¹ (« la *Charte* »), nous n'aurions jamais connu les décisions de principe que sont les arrêts *Mahé*², *Arsenault-Cameron*³ et *Doucet-Boudreau*⁴. Les communautés minoritaires de langue officielle en seraient appauvries, car ce sont ces décisions qui ont permis à ces communautés de se doter d'écoles et de conseils scolaires répondant aux attentes créées lors de l'adoption de l'article 23.

Certains ont également tendance à oublier le rôle pédagogique de l'action en justice. Par exemple, la décision d'entreprendre une action en justice pour faire respecter un droit linguistique peut avoir pour

* Professeur titulaire à la Faculté de droit de l'Université de Moncton.

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

² *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342 [*Mahé*].

³ *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3.

⁴ *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3 [*Doucet-Boudreau*].

conséquence de faire mieux comprendre au justiciable la portée de ses droits et, du même fait, elle peut forcer un gouvernement, qui autrement pourrait ne pas s'être convaincu de la pertinence de ces droits, à se rendre à l'évidence des besoins spécifiques des communautés minoritaires. Nous savons que les gouvernements ont généralement la mauvaise habitude de refuser ou d'hésiter à mettre en œuvre les droits linguistiques qu'ils ont reconnus⁵. Ils préfèrent, la plupart du temps, chercher des moyens par lesquels ils pourraient se soustraire à ces obligations constitutionnelles et législatives qu'ils considèrent trop contraignantes et impopulaires sur le plan politique. Devant ces atermoiements, les communautés minoritaires n'ont souvent d'autres choix que d'avoir recours aux tribunaux afin que ces derniers ordonnent les mesures réparatrices qui s'imposent.

L'action en justice permet aux membres des communautés minoritaires de donner une légitimité à leurs actions, en plus de les doter d'outils qui permettront de mieux consolider leur développement et leur épanouissement. Il ne faut jamais oublier que le fondement qui justifie l'existence des droits linguistiques est la préservation d'un patrimoine culturel, d'un mode de vie, d'une sécurité culturelle accordée à la minorité linguistique et la possibilité pour celle-ci de participer pleinement à la vie du pays⁶. L'action en justice est l'outil qui permet souvent de réaliser cet objectif.

Puisqu'ils servent à la préservation d'un patrimoine culturel, les droits linguistiques, bien qu'ils comportent une dimension individuelle évidente, comprennent également une dimension collective importante⁷. Ce n'est pas uniquement à titre personnel que l'on revendique un droit linguistique, c'est souvent à titre d'individu membre d'une collectivité. Tout droit linguistique a la collectivité pour fondement et son objectif est le développement et l'épanouissement culturel de celle-ci.

C'est dans ce contexte qu'il faut analyser la décision de la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (la « FCFA ») de contester la décision du gouvernement fédéral d'abolir le

⁵ *Ibid.* au para. 29.

⁶ D. G. Rhéaume, « The Demise of the Political Compromise Doctrine : Have Language Use Rights Been Revived ? » (2002) 47 R.D. McGill 593 aux pp. 617-618.

⁷ *Beaulac c. R.*, [1999] 1 R.C.S. 768 [Beaulac].

Programme contestation judiciaire du Canada (le « PCJ »)⁸ et, ultimement, de conclure une entente mettant fin à cette poursuite.

I - L'ACTION EN JUSTICE⁹

En 2006, la FCFA décidait de contester devant les tribunaux la décision de la ministre du Patrimoine canadien de cesser d'apporter un soutien financier au PCJ à la suite d'un examen des dépenses du gouvernement fédéral entrepris par le ministre des Finances, et le président du Conseil du Trésor. Plus spécifiquement, la FCFA contestait la décision du gouvernement de cesser d'apporter son soutien financier au programme des droits linguistiques de cet organisme.

Depuis sa création, le PCJ épaulait les communautés de langue officielle en situation minoritaire qui décidaient de faire appel aux tribunaux dans la défense de leurs droits¹⁰. Étant donné que ces communautés sont les plus exposées aux dangers de la règle de la majorité¹¹, le PCJ était d'importance capitale puisqu'il permettait, par l'accès aux tribunaux, de rétablir un certain équilibre entre la minorité de langue minoritaire et la majorité. Le PCJ a d'ailleurs contribué directement et considérablement à l'avancement des droits linguistiques au Canada et, par ce fait, a favorisé l'épanouissement et le

⁸ Le Programme de contestation judiciaire était un programme de contribution financière administré par le Programme de contestation judiciaire du Canada, une société sans but lucratif. Le gouvernement fédéral accordait à différents groupes linguistiques une telle aide depuis 1978 afin d'appuyer certaines poursuites judiciaires en matière de droits linguistiques. Il en fit de même plus tard pour certaines revendications portant sur le droit à l'égalité. Le programme a été aboli une première fois en 1992, par le gouvernement Mulroney et rétabli, en 1994, par le gouvernement Chrétien avant d'être à nouveau aboli en 2006.

⁹ Cette partie de l'analyse s'inspire du « Mémoire des faits et du droit » déposé par les avocats de la FCFA dans l'affaire *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c. Sa Majesté la Reine*, N° de dossier T-622-07, Cour fédérale. Les avocats de la FCFA étaient Me Christian Michaud, Me Mark Power et l'auteur de cet article.

¹⁰ Voir « Étude concernant l'impact juridique de l'abolition du PCJ » dans Commissariat aux langues officielles, « Enquête sur les plaintes portant sur l'examen des dépenses de 2006 du gouvernement fédéral », *Rapport d'enquête final*, octobre 2007.

¹¹ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 4 au para. 3.

développement des communautés de langue officielle en situation minoritaire¹².

La contestation judiciaire de la FCFA portait essentiellement sur l'application de la nouvelle partie VII de la *Loi sur les langues officielles*¹³

¹² Patrimoine canadien, Direction générale des examens ministériels, « Évaluation sommative du Programme de contestation judiciaire, 2003 et Commissariat aux langues officielles, « Enquête sur les plaintes portant sur l'examen des dépenses de 2006 du gouvernement fédéral », *Rapport d'enquête final*, octobre 2007. Notons également qu'à la veille de sa décision d'abolir le PCJ, le gouvernement canadien indiquait à la communauté internationale la valeur positive de ce programme : voir notamment : Nations Unies, Conseil économique et social, Réponses du Canada (25 avril 2007), E/C.12/Can/Q./5/add. 1 aux pp. 6-7; Nations Unies, Conseil économique et social, Application du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (30 août 2005), E/C.12/Can 15 au para. 86 et *Réponses aux questions supplémentaires sur le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels* à la p. 1 (sans date). Bien qu'il ait reçu des évaluations positives, plusieurs revendiquaient depuis longtemps l'abolition de ce programme. Voir : I. Brodie, « Interest Group Litigation and the Embedded State : Canada's Court Challenges Program » (2001) *Revue canadienne de science politique* 357-376; I. Brodie, *Friends of the Court – The Privileging Interest Group Litigants in Canada* (Albany State University of New York Press, 2002) aux pp. 106-121; K. Marshall, « Should the Court Challenges Program be Terminated? » (1995) 6 *Windsor Rev. Legal & Soc. Issues* 157. De 2006 à 2008, Ian Brodie était le chef de cabinet du premier ministre du Canada.

¹³ L.R.C. (1985), c. 31. La Partie VII de la *Loi* prévoit, entre autres :

PROMOTION DU FRANÇAIS ET DE L'ANGLAIS

Engagement

41(1). Le gouvernement fédéral s'engage à favoriser l'épanouissement des communautés 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 canadienne.

(2) Il incombe aux institutions fédérales de veiller à ce que soient prises des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement. Il demeure entendu que cette mise en œuvre se fait dans le respect des champs de compétence et des pouvoirs des provinces.

(3) Le gouverneur en conseil peut, par règlement visant les institutions fédérales autres que le Sénat, la Chambre des communes, la bibliothèque du Parlement, le bureau du conseiller sénatorial en éthique et le commissariat à l'éthique, fixer les modalités d'exécution des obligations que la présente partie impose.

Coordination

42 Le ministre du Patrimoine canadien, en consultation avec les autres ministres fédéraux, suscite et encourage la coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales de cet engagement.

Mise en œuvre

(la « Loi ») et les obligations que celle-ci impose au gouvernement fédéral et à ses institutions¹⁴. D'ailleurs, l'objectif de la contestation n'était pas uniquement d'obtenir une ordonnance cassant la décision d'abolir le PCJ, elle visait également à obtenir une interprétation judiciaire de la Partie VII, telle que modifiée par le Parlement canadien en 2005.

La Partie VII de la *Loi* se veut un prolongement du paragraphe 16(1)¹⁵ de la *Charte*. Son adoption, par le Parlement canadien, visait à donner effet au principe de la « progression vers l'égalité de statut ou

43(1) Le ministre du Patrimoine canadien prend les mesures qu'il estime indiquées pour favoriser la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne et, notamment, tout mesure

- a) de nature à favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et à appuyer leur développement;
- b) pour encourager et appuyer l'apprentissage du français et de l'anglais;
- c) pour encourager le public à mieux accepter et apprécier le français et l'anglais;
- d) pour encourager et aider les gouvernements provinciaux à favoriser le développement des minorités francophones et anglophones, et notamment à leur offrir des services provinciaux et municipaux en français et en anglais et à leur permettre de recevoir leur instruction dans leur propre langue;
- e) pour encourager et aider ces gouvernements à donner à tous la possibilité d'apprendre le français et l'anglais;
- f) pour encourager les entreprises, les organisations patronales et syndicales, les organismes bénévoles et autres à fournir leurs services en français et en anglais et à favoriser la reconnaissance et l'usage de ces deux langues, et pour collaborer avec eux à ces fins;
- g) pour encourager et aider les organisations, associations ou autres organismes à refléter et promouvoir, au Canada et à l'étranger, le caractère bilingue du Canada;
- h) sous réserve de l'aval du gouverneur en conseil, pour conclure avec des gouvernements étrangers des accords ou arrangements reconnaissant et renforçant l'identité bilingue du Canada.

(2) Il prend les mesures qu'il juge aptes à assurer la consultation publique sur l'élaboration des principes d'application et la révision des programmes favorisant la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne.

¹⁴ Pour une analyse de la nouvelle partie VII de la *Loi sur les langues officielles*, voir : 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 R.C.L.F. 31.

¹⁵ Le paragraphe 16(1) prévoit :

16. (1) Le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada; ils ont un statut et des droits et privilèges égaux quant à leur usage dans les institutions du Parlement et du gouvernement du Canada.

d'usage du français et de l'anglais » énoncé au paragraphe 16(3)¹⁶ de la *Charte*.

L'article 41 de la *Loi* prévoit, par exemple, que le gouvernement fédéral a l'obligation de favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et d'appuyer leur développement, ainsi que de promouvoir la pleine reconnaissance et l'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. Afin d'atteindre cet objectif, les institutions fédérales concernées doivent prendre des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement, en s'assurant, cependant, de respecter les domaines de compétences des provinces. Les articles 42 et 43 imposent au ministre du Patrimoine canadien la responsabilité de susciter et d'encourager « la coordination de la mise en œuvre par les institutions fédérales » de l'engagement pris et codifié à l'article 41 de la *Loi*.

Devant la Cour fédérale, les avocats de la FCFA soutenaient que la partie VII de la *Loi* s'applique à tous les ministères fédéraux¹⁷ et qu'elle a pour objet d'obliger les institutions fédérales à modifier leurs processus décisionnels internes de sorte qu'elles puissent désormais prendre en considération les intérêts des minorités de langue officielle.

Ils soutenaient, entre autres, que la partie VII a été jugée nécessaire, car les membres de la majorité éprouvaient beaucoup de difficulté à prendre en considération les intérêts des minorités de langue officielle. Cette situation n'est pas nouvelle et elle est bien comprise par les tribunaux canadiens. Comme l'explique la Cour suprême du Canada, les minorités linguistiques ne peuvent pas toujours être certaines que la majorité tiendra compte de toutes leurs préoccupations linguistiques et culturelles¹⁸. C'est pour cette raison que la partie VII oblige à identifier et à évaluer les intérêts des minorités de langue officielle avant de prendre une décision qui serait lourde de conséquences pour ces minorités.

Selon les avocats de la FCFA, le moyen privilégié par le législateur pour réaliser son objectif est la consultation publique sur l'élaboration

¹⁶ Le paragraphe 16(3) prévoit :

16. (3) La présente charte ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais.

¹⁷ Voir *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985 (4^e suppl.), c. 31 au para. 3(1), « institutions fédérales ».

¹⁸ *Mahé*, *supra* note 2 au para. 52.

des principes d'application et la révision des programmes favorisant la progression vers l'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais dans la société canadienne. Or, la preuve soumise à la Cour fédérale par les deux parties démontrait clairement que les institutions fédérales devaient prendre cette exigence législative très sérieusement puisqu'elles étaient liées par un cadre d'imputabilité qui s'appliquait à des situations comme celle ayant mené à l'élimination du PCJ.

En 2003, le gouvernement fédéral avait mis en place un *Plan d'action pour les langues officielles*¹⁹ (le « *Plan* ») afin de donner un nouvel élan aux politiques linguistiques. Ce *Plan* compte un cadre d'imputabilité et de coordination en langues officielles, lequel comprend une série de dispositions applicables à toutes les institutions fédérales²⁰.

En vertu de l'article 17 du cadre, chaque institution fédérale doit :

- sensibiliser ses employés aux besoins des communautés de langue officielle en situation minoritaire ainsi qu'aux engagements du gouvernement contenus dans la partie VII;
- déterminer si ses politiques et programmes ont une incidence sur la promotion de la dualité linguistique et le développement des communautés minoritaires, dès les premières étapes de l'élaboration des politiques jusqu'à leur mise en œuvre, y compris lors de la dévolution des services;
- consulter, s'il y a lieu, les publics intéressés, en particulier les représentants des communautés de langue officielle en situation minoritaire, dans le cadre de l'élaboration ou de la mise en œuvre de politiques et de programmes;
- être en mesure de décrire sa démarche et de démontrer qu'elle a pris en compte les besoins des communautés minoritaires;

¹⁹ Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil Privé, trouvé sur le site web suivant: http://www.pco.bcp.gc.ca/olo/default.asp?language=F&Page=Action&doc=cover_f.htm

²⁰ Gouvernement du Canada, Patrimoine canadien, trouvé sur le site web suivant: http://www.pch.gc.ca/progs/lo-ol/legislation/bill_s7_f.cfm.

- lorsqu'il aura été décidé que des répercussions existent, planifier en conséquence les activités prévues dans l'année qui suit ainsi qu'à plus long terme; présenter les résultats attendus, en tenant compte dans la mesure du possible du budget prévu; et prévoir les mécanismes d'évaluation des résultats.

Selon les avocats de la FCFA, ces démarches mettent en place des outils pratiques et importants pour appliquer les principes de la partie VII à l'élaboration des politiques gouvernementales et, par extension, aux décisions du gouvernement en général, y compris celle ayant mené à l'abolition d'un programme comme le PCJ²¹.

Le cadre d'imputabilité et de coordination s'étend notamment aux rôles et aux responsabilités du ministère du Patrimoine canadien, tout en définissant également le rôle de contribution du Secrétariat du Conseil du Trésor à cet égard. L'article 28 du cadre mentionne que, « en consultation avec le ministre du Patrimoine canadien, le président du Conseil du Trésor incite les ministères à tenir compte de l'article 41 dans la planification de la mise en œuvre des activités ministérielles »²².

Les rôles ministériels sont complétés en vertu de l'article 29 par une demande de « reconduction de la collaboration » entre leurs organisations respectives, en ajoutant que le Secrétariat du Conseil du Trésor et Patrimoine canadien « s'assurent de conjuguer leurs actions à l'appui de la partie VII ». Dans ce contexte, la disposition prévoit l'adoption de « mesures harmonisées » et une « collaboration soutenue »²³.

²¹ Dans Gouvernement du Canada, Guide à l'intention des institutions fédérales, trouvé à http://www.pch.gc.ca/progs/lo-ol/outils-tolls/tdm_f.cfm, nous pouvons lire : « Dans le cadre de la poursuite de ces activités, les institutions devraient se poser un certain nombre de questions clés au moment de prendre des décisions ayant trait, par exemple, à l'adoption ou à la révision d'une politique, à la création ou à l'abolition d'un programme, ou encore à la mise en place ou à l'élimination d'un point de service. Les questions qui suivent pourraient être de ce nombre. Bien entendu, elles doivent être adaptées à chaque situation et l'ordre dans lequel elles se posent pourrait varier. » (C'est nous qui soulignons.)

²² Gouvernement du Canada, Bureau du Conseil Privé, trouvé sur le site web suivant: http://www.pco.bcp.gc.ca/olo/default.asp?language=F&Page=Action&doc=anne_xa_f.htm.

²³ *Ibid.*

Or, il découle de ce cadre que les attentes raisonnables minimales des communautés de langues officielles sont que les institutions fédérales, notamment le ministère du Patrimoine canadien et le Secrétariat du Conseil du Trésor, respecteront ce cadre d'imputabilité et les rôles respectifs qui sont les leurs dans la mise en œuvre de la Partie VII de la *Loi*. Ces attentes raisonnables nous mènent à conclure qu'un processus de consultation de ces communautés était nécessaire avant toute décision pouvant mener à l'abolition d'un programme essentiel aux communautés minoritaires de langues officielles, comme notamment celui du PCJ.

Si nous analysons plus spécifiquement les dispositions de la Partie VII, nous constatons le rôle spécial joué par le ministère du Patrimoine canadien dans sa mise en œuvre. D'abord, il incombe à la ou le ministre du Patrimoine canadien de susciter et d'encourager la coordination et la mise en œuvre de l'engagement fédéral. Ensuite, la ou le ministre du Patrimoine canadien doit prendre les mesures indiquées à cet égard. Enfin, il ou elle doit prendre les mesures jugées aptes à assurer la consultation publique sur l'élaboration des principes d'application et la révision des programmes visant la mise en œuvre de la partie VII.

À la différence de plusieurs dispositions législatives de nature déclaratoire, le législateur a prévu explicitement la nature exécutoire de la partie VII de la *Loi*. En effet, quiconque a saisi le Commissaire aux langues officielles d'une plainte visant la partie VII de la *Loi* peut former un recours devant la Cour fédérale sous la partie X de celle-ci. La Cour peut alors accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

L'état du droit n'a pas toujours été ainsi. Depuis l'entrée en vigueur de la *Loi* en 1988 jusqu'en novembre 2005, beaucoup d'encre a coulé sur la question de savoir si l'engagement du gouvernement fédéral pris à la Partie VII pouvait servir de fondement à une action judiciaire. Or, la Cour d'appel fédérale a conclu en 2004 que l'ancienne partie VII était déclaratoire d'un engagement et qu'elle ne créait pas de droits ou d'obligations susceptibles d'être sanctionnés par les tribunaux, par quelques procédures que ce soit²⁴. La Cour suprême du Canada ne s'est

²⁴ *Agence canadienne de l'inspection des aliments c. Forum des maires de la péninsule acadienne*, 2004 CAF 263 au para. 46.

jamais penchée sur la question, la partie VII de la *Loi* ayant été modifiée avant qu'elle puisse le faire²⁵.

L'objet de la modification de la partie VII en 2005 était on ne peut plus clair : parer à la lacune identifiée par la Cour d'appel fédérale en 2004. Le dossier de l'abolition du PCJ offrait donc à la Cour fédérale la première occasion d'interpréter la nouvelle partie VII de la *Loi*. Or, devant la Cour, deux interprétations diamétralement opposées de la portée de ces dispositions s'opposaient. Alors que les représentants de la FCFA demandaient au tribunal de donner une interprétation large et libérale à la partie VII, les avocats du gouvernement fédéral demandaient à la Cour d'exercer une grande retenue dans son interprétation. Dans l'argumentaire imagé utilisé par les procureurs du fédéral lors du procès, la Partie VII vise uniquement à protéger la forêt (représentée par tous les programmes fédéraux destinés aux minorités de langues officielles). L'abolition du PCJ se compare plutôt à la coupe d'un seul arbre et ne met donc pas en danger la forêt. Ainsi, faudrait-il attendre que la forêt soit mise en péril – ce qui n'est pas le cas en ce moment- avant de s'alarmer et d'invoquer la protection de la Partie VII.

Malheureusement, l'entente intervenue entre le gouvernement fédéral, la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (« FCFA ») et le Commissaire aux langues officielles nous privera d'une décision qui aurait pu clarifier la véritable portée de cette nouvelle disposition. Tout ce débat reste donc à faire.

Attardons-nous maintenant, à cette entente de règlement afin de voir si celle-ci atteint les objectifs qui étaient ceux de l'ancien programme, tout en commençant par une analyse de sa valeur juridique.

²⁵ *Agence canadienne de l'inspection des aliments c. Forum des maires de la péninsule acadienne*, demande d'autorisation d'en appeler à la Cour suprême du Canada accordée, [2004] C.S.C.R. n° 449, puis annulée, [2005] 3 R.C.S. 90.

II - L'ENTENTE²⁶

A - La valeur juridique de l'entente

Bien que cette entente puisse à première lecture sembler intéressante pour les communautés minoritaires, plusieurs de ses aspects devraient néanmoins être l'objet d'inquiétudes. La première inquiétude porte sur la valeur juridique même de cette entente, car il ne faut pas oublier que l'entente n'a pas pris effet dès sa signature puisque sa clause 5 prévoit que le nouveau programme ne sera mis en œuvre qu'au cours « de l'année calendrier 2009 ».

La question qui se pose quant à la valeur juridique de l'entente se présente comme suit : l'entente intervenue entre le gouvernement fédéral, la FCFA et le CLO permet-elle de s'attendre légitimement à ce que le gouvernement du Canada ne puisse, sans le consentement des autres parties, revenir sur sa décision et ignorer son engagement de remettre sur pied un programme de contestation judiciaire? Certains invoqueront pour répondre à cette interrogation la théorie de l'expectative légitime, d'autres des principes contractuels. Abordons la question sous ces deux angles.

La théorie de l'expectative légitime n'est en réalité que le prolongement des règles de justice naturelle et de l'équité procédurale. Elle accorde à une personne touchée par la décision d'un fonctionnaire public la possibilité de présenter des observations dans des circonstances où, autrement, elle n'aurait pas cette possibilité. La cour supplée à l'omission dans un cas où, par sa conduite, un fonctionnaire public a fait croire à quelqu'un qu'on ne toucherait pas à ses droits sans le consulter²⁷.

Ainsi, si le gouvernement fédéral devait changer d'idée et décider de ne plus mettre en œuvre l'entente ou une partie de l'entente conclue avec la FCFA, celle-ci pourrait-elle faire valoir la théorie de l'expectative légitime et alléguer que le gouvernement agit ainsi illégalement? En d'autres mots, pourrait-elle faire valoir que la décision du gouvernement

²⁶ Entente de règlement hors cours entre la Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada, Sa Majesté la Reine et le Commissariat aux langues officielles, datée le 10 juin 2008.

²⁷ *Assoc. Des résidents du Vieux St.-Boniface Inc. c. Winnipeg (Ville)*, [1990] 3 R.C.S. 1170 à la p. 1204.

de ne plus mettre en œuvre l'entente est un acte illégal puisque la FCFA est en droit de s'attendre à ce que le gouvernement n'agisse dans ce cas qu'après l'avoir consultée? Or, bien qu'il puisse exister une expectative légitime de la part de la FCFA qu'elle soit consultée avant toute décision du gouvernement de ne pas donner suite à l'entente, il est clair que la théorie de l'expectative légitime n'exige pas que le gouvernement canadien obtienne le consentement de la FCFA pour prendre sa décision, car dans ce cas elle serait source de droits et donnerait à la FCFA ce qui équivaldrait à un droit de veto sur la décision du gouvernement fédéral, conclusion qui va bien au-delà de la théorie de l'expectative légitime²⁸. Tout au plus, la FCFA pourrait donc s'attendre à ce que le gouvernement fédéral la consulte, s'il devait prendre la décision de ne pas mettre en œuvre le nouveau programme.

Fait intéressant, dans le cas qui nous intéresse, l'attente légitime d'être consultée ne découle pas uniquement de la théorie de l'expectative légitime, mais également de la Partie VII de la *Loi*. Paradoxalement, voilà exactement la raison pour laquelle la FCFA se retrouvait devant la Cour fédérale. Il serait pour le moins étonnant que, dans l'hypothèse où le gouvernement décidait de ne pas respecter l'entente, la FCFA doive reprendre le débat juridique qu'elle considérait avoir réglé avec son entente. Or, c'est exactement ce qui pourrait se produire si le gouvernement décidait de ne pas respecter son engagement. La FCFA devra alors invoquer la Partie VII de la *Loi*, déposer une plainte auprès du CLO et, par la suite, intenter une nouvelle action devant la Cour fédérale et reprendre le débat sur la portée de la partie VII.

Dans l'éventualité où l'entente ne serait pas respectée, la FCFA pourrait-elle intenter une poursuite pour violation de contrat? Pour répondre à cette question attardons-nous à la décision dans l'affaire *T1T2 Limited Partnership c. Canada*²⁹ qui pose un problème similaire. Dans cette affaire, le gouvernement canadien avait conclu trois contrats prévoyant la privatisation des terminaux 1 et 2 à l'aéroport international Lester B. Pearson de Toronto. Les contrats avaient été signés au mois d'octobre 2003, en plein milieu d'une campagne électorale fédérale. La question de savoir si le gouvernement fédéral avait eu raison de signer ces contrats

²⁸ Renvoi relatif au Régime d'assistance publique du Canada, [1991] 2 R.C.S. 525 au para. 59.

²⁹ (1995) 23 O.R. (3d) 81 (Ont. Gen. Div.); affirmée (1995) 24 O.R. (3d) 546 (C.A.).

est devenue un enjeu important de cette élection. Le parti libéral avait promis de résilier ces contrats dès son élection. Suite à l'élection, le nouveau gouvernement libéral déposa un projet de *Loi* ayant pour effet de déclarer les contrats nuls et prévoyant également qu'aucun recours légal n'était possible et aucune compensation pour les parties aux contrats qui avaient été lésées par la décision du gouvernement. La demanderesse a néanmoins intenté une poursuite contre le gouvernement canadien alléguant la rupture de contrat et réclamant un jugement sommaire. La Cour lui donna raison.

Selon le juge Borins, il existait un contrat valide entre le gouvernement et la demanderesse. Puisque le gouvernement fédéral avait décidé de résilier ce contrat de manière unilatérale, la Cour ne voit aucune raison légitime pour laquelle le gouvernement ne serait pas tenu à indemniser l'autre partie pour les pertes financières encourues à la suite de sa décision. Selon les auteurs de *Liability of the Crown* (3d) :

In fact, the *T1T2* case illustrates our earlier point that holding the government to the terms of its contractual undertakings will not « fetter » future executive action, as long as the only remedy for breach is an award of damages. The government is free to repudiate the contract and implement new policy as long as it is prepared to compensate the innocent party for the losses it has suffered [C'est moi qui souligne]³⁰.

Dans le cas qui nous intéresse, rien n'empêcherait donc le gouvernement fédéral de mettre fin à l'entente qu'il a conclue avec la FCFA, si ce n'est son obligation de compenser cette dernière monétairement pour les pertes financières qu'elle aurait subies. Or, des pertes financières, nous n'en voyons aucune, si ce n'est les sommes que la FCFA aurait versées à ses avocats.

L'entente prévoit bien à la clause 15 une procédure de médiation dans l'éventualité où un « différend [découlerait] de [s]a mise en œuvre ». Cependant, cette clause ne s'appliquerait pas à une situation où le gouvernement déciderait de ne pas procéder à l'entente puisqu'on ne

³⁰ Hogg & Monohan, *Liability of the Crown*, 3^e éd., Carswell à la p. 230.

pourrait dans ces circonstances parler d'un différend qui découle de la mise en œuvre de l'entente.

Conséquemment, de là à conclure que la valeur de cette entente dépend uniquement de la bonne volonté du gouvernement et qu'elle n'équivaut, tout au plus, qu'à l'équivalent d'une promesse, il n'y a qu'un pas à franchir.

B - Les différents volets de l'entente

L'entente prévoit que le nouveau programme bénéficiera d'une enveloppe budgétaire annuelle de l'ordre d'un million cinq cent mille dollars (1 500 000 \$). C'est là l'un de ses aspects positifs. Cette enveloppe budgétaire sera répartie entre trois volets de la façon suivante :

- a) Le volet « Promotion » : six cent mille dollars (600 000 \$);
- b) Le volet « Résolution de conflits » : cinq cent mille dollars (500 000 \$); et
- c) le volet « Recours judiciaires » : quatre cent mille dollars (400 000 \$).

Le volet « Promotion » sera dédié à l'information publique, à la diffusion des connaissances et à la réalisation d'études d'impact. Il n'y a pas d'autres précisions concernant ce volet, mais, à première vue, on peut considérer que c'est l'une des valeurs positives de l'entente. Le volet « Résolution de conflits » sera pour sa part consacré à la médiation, à l'arbitrage et à la résolution des différends mettant en cause l'un ou plusieurs des droits couverts par le nouveau programme. Nous reviendrons un peu plus loin sur ce volet et notamment sur le processus de « médiation » qui semble être au centre de cette nouvelle entente.

Le dernier volet est le volet « Recours judiciaires », lequel sera consacré au financement de causes-types portées devant les tribunaux. Le nouveau programme couvrira les mêmes droits que ceux visés par le volet linguistique du PCJ, à savoir ceux prévus aux articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, à l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba de 1879*, aux articles 16 à 23 de la *Charte* de même qu'à l'article 2 de la *Charte* « lorsqu'il est question de l'aspect linguistique de la liberté d'expression ».

et que cette liberté est invoquée dans une cause intéressant une minorité de langue officielle ».

Ce qui est nouveau dans ce programme c'est que le financement au titre du volet « recours judiciaires » sera « conditionnel à ce que celui/celle qui cherche à s'en prévaloir démontre que « des efforts sérieux de règlement hors cours ont échoué. » Cette condition fait directement référence au volet de « résolution de conflits ». Le bénéficiaire éventuel d'une aide financière pour un recours judiciaire est assujéti à l'obligation de démontrer qu'il s'est prévalu de ces moyens avant de pouvoir tirer profit d'un financement pour un « recours judiciaire ».

Aux fins de notre analyse, attardons-nous un instant aux méthodes de résolution des conflits énumérés dans ce volet en débutant avec la « médiation ». Bien que nous reconnaissons que la médiation soit un outil fort efficace pour résoudre des conflits entre individus, nos recherches ne nous ont pas permis d'identifier d'autres exemples où ce processus aurait été utilisé afin de régler des conflits qui soulèvent des questions quant à la constitutionnalité des actions ou décisions des gouvernements. Pourtant, ce sont là les questions qui sont soulevées dans les cas où les dispositions constitutionnelles linguistiques couvertes par le programme sont invoquées.

Par exemple, comment un médiateur abordera-t-il la situation d'un parent qui invoque pour ses enfants le droit à l'école en français dans une communauté des Territoires du Nord-Ouest? Présignons que ce parent, lors de la médiation, en arrive à une entente avec le gouvernement et qu'il accepte qu'une classe française dans une école anglaise satisfasse ses besoins. Comment cette entente, qui ne satisfait pas aux obligations de l'article 23, bien qu'elle satisfasse aux besoins de ce parent, peut-elle lier les autres membres de la collectivité? Si les autres parents, non satisfaits de cette solution, décidaient de demander au nouveau programme un financement pour pouvoir reprendre la poursuite, recevraient-ils une fin de non-recevoir parce que la question n'est plus nouvelle et, dans l'éventualité où leurs demandes seraient jugées recevables, devraient-ils à nouveau se soumettre à un processus de médiation?

Il serait intéressant de voir où nous en serions rendus en tant que communauté si, notamment, Mahé³¹, Mercure³², Arsenault-Cameron³³ et Boudreau-Doucet³⁴ avaient dû se soumettre à un tel processus. Nous pouvons également nous demander comment Beaulac³⁵ se serait déroulé. D'ailleurs, le processus de médiation est-il accessible à une personne accusée d'une infraction pénale comme c'était le cas dans l'affaire Beaulac?

L'exemple la plus proche que nous avons pu trouver de l'utilisation d'un processus de médiation pour régler des conflits portant sur des droits de nature fondamentale est le processus mis en place par le Tribunal canadien des droits de la personne³⁶ en ce qui concerne les plaintes formulées sous le régime de la *Loi canadienne des droits de la personne*³⁷. Une différence fondamentale cependant est que ce processus ne s'applique qu'aux droits reconnus dans cette *Loi* et non aux affaires qui soulèvent l'application de l'article 15 de la *Charte*. Mais, aux fins d'analyse, attardons-nous-y quand même.

Comme nous le savons tous, la médiation consiste en une intervention d'un tiers dans un différend. Ce tiers est une personne impartiale et neutre. Dans le cas du Tribunal canadien des droits de la personne, cette personne est un membre du Tribunal, soit une personne qui possède une certaine expertise en matière de droits de la personne. Comme il n'existe pas de Tribunal canadien des droits linguistiques, il faudra trouver un autre moyen d'identifier les personnes aptes à agir comme médiateur dans les cas où des droits linguistiques sont invoqués. En effet, sans que cela soit nécessaire, il serait néanmoins préférable que ces personnes aient une connaissance des droits linguistiques et de la dynamique des communautés minoritaires de langue officielle.

Il faut également tenir compte du fait que le Tribunal canadien des droits de la personne est complètement indépendant de la Commission canadienne des droits de la personne³⁸. Sans dire que l'exemple que nous

³¹ Mahé, *supra* note 2.

³² *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

³³ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 3.

³⁴ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 4.

³⁵ *Beaulac*, *supra* note 7.

³⁶ L'auteur est également membre de ce Tribunal

³⁷ L.R.C. 1985, c. H-6.

³⁸ *Bell Canada c. Association canadienne des employés de téléphone*, [2003] 1 R.C.S. 884.

allons utiliser est un reflet parfait de la situation, si nous prenons comme témoin la procédure en matière pénale, le rôle de la Commission serait, entre autres, celui de l'enquêteur et du procureur, alors que le Tribunal joue le rôle d'une cour de Justice. Dans le processus de la médiation du Tribunal, la Commission canadienne des droits de la personne est présente. Or, elle n'y est pas pour représenter le plaignant, mais bien l'intérêt public³⁹. C'est comme si dans le cas qui nous intéresse, le Commissaire aux langues officielles participait à une médiation afin de protéger l'intérêt public. Mais, encore faudrait-il que la *Loi* soit modifiée pour lui donner ce pouvoir et définir comment on détermine ce qui est dans l'intérêt public. Évidemment, le Commissaire, ne serait pas habilité à participer au processus de médiation portant sur l'article 23 puisque que c'est là un domaine de compétence provinciale et qu'il ne pourrait dans ces cas se voir confier par le gouvernement fédéral le rôle de représenter l'intérêt public.

Il ne faut pas oublier que, en règle générale, le médiateur n'a aucun pouvoir décisionnel autoritaire. Cela distingue ses fonctions de celles qui sont ordinairement dévolues à un juge. Le juge est appelé à rendre une décision en se fondant sur les lois et la jurisprudence. Sa décision ne vise pas uniquement à chercher à réconcilier les parties, mais plutôt à déterminer s'il y a eu ou non violation d'un droit constitutionnel ou législatif. La décision du juge crée également une jurisprudence sur laquelle d'autres pourront s'appuyer à l'avenir. Le médiateur n'a pas à rendre de décision et il ne crée pas de jurisprudence. Son mandat se limite à tenter d'aider les parties à en venir volontairement à un règlement mutuellement acceptable des questions en litige.

Le médiateur s'efforce de concilier les intérêts opposés des parties. Son objectif est d'aider les parties à examiner leurs intérêts et leurs besoins et à négocier, le cas échéant, une entente mutuellement satisfaisante.

Une autre caractéristique importante du processus de médiation du Tribunal canadien des droits de la personne est que les parties sont libres d'y participer et d'adhérer à un éventuel règlement. Personne n'est contraint à négocier ou à participer au processus de médiation ou à conclure un règlement. Dans le cas du nouveau programme applicable

³⁹ *Loi canadienne sur les droits de la personne*, L.R.C. 1985, c. H-6, art. 52.

aux droits linguistiques, il semble que les parties seront tenues de participer à ce processus.

Il faut également se poser la question à savoir si le processus de médiation imposé par le nouveau programme sera en sus des processus de conciliation et de médiation déjà prévus dans les règles de procédures de plusieurs provinces et de la cour fédérale. Si tel est le cas le processus risque d'en être alourdi.

Dans le cas du Tribunal canadien des droits de la personne, si les parties en arrivent à un règlement, celui-ci ne deviendra définitif que sept jours après la médiation. Cette période permet aux parties de réfléchir à l'ensemble de la situation et d'obtenir, le cas échéant, des avis juridiques. En ce qui concerne la Commission canadienne des droits de la personne, celle-ci aura environ 30 jours pour évaluer et donner son accord à l'entente. Ce délai lui permet d'évaluer si l'entente est dans l'intérêt public. Dans le cas des droits linguistiques, personne ne joue le rôle de protecteur de l'intérêt public⁴⁰.

Encore une fois, nous rappelons que le processus de médiation du Tribunal canadien des droits de la personne ne porte pas sur des droits reconnus dans la *Charte*, mais sur ceux qui découlent de la *Loi canadienne des droits de la personne*. Cela étant dit, il se peut fort bien que le processus de médiation soit une procédure appropriée pour régler certaines questions découlant d'une violation de certaines dispositions de la *Loi*, mais puisque la *Loi* n'est pas couverte par le nouveau programme cette question est hypothétique.

Pour le processus d'arbitrage, nous pouvons nous poser la question de savoir si un arbitre est un « tribunal compétent » au sens de l'article 24 de la *Charte* ou s'il a la compétence pour rendre une déclaration générale d'inconstitutionnalité aux termes de l'article 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*? Les articles 24 et 52 sont en effet généralement les dispositions invoquées lorsque vient le temps de solliciter un redressement pour la violation d'un droit linguistique constitutionnel.

Contrairement aux tribunaux judiciaires, un tribunal administratif ne peut pas déclarer une *Loi* inopérante en invoquant l'article 52. Les tribunaux administratifs habilités à se prononcer sur des questions de

⁴⁰ Procédures de médiation du Tribunal canadien des droits de la personne, le 27 janvier 2006.

droit peuvent tout au plus refuser d'appliquer une *Loi* qui leur paraît inconstitutionnelle dans une affaire donnée. Les tribunaux administratifs ne peuvent pas non plus créer un précédent selon le principe du *stare decisis*⁴¹.

Les arrêts de la Cour suprême du Canada enseignent qu'il faut rechercher l'intention du législateur pour déterminer si un tribunal administratif a compétence pour statuer sur des questions de droit en général, ce qui implique le pouvoir de se prononcer sur la validité constitutionnelle d'une disposition législative ou d'une décision. Dans l'arrêt *Martin*⁴², la Cour suprême a présenté une nouvelle approche pour déterminer si un tribunal administratif peut soumettre des dispositions législatives à un examen fondé sur la *Charte*. Cette approche peut se résumer comme suit :

- (1) Le tribunal administratif a-t-il expressément ou implicitement compétence pour trancher les questions de droit découlant de l'application de la disposition contestée.
- (2) a) La compétence expresse est celle exprimée dans le libellé de la disposition habilitante.
b) La compétence implicite ressort de l'examen de la loi dans son ensemble. Les facteurs pertinents sont notamment les suivants : la mission que la loi confie au tribunal administratif en cause et la question de savoir s'il est nécessaire de trancher des questions de droit pour accomplir efficacement cette mission; l'interaction entre ce tribunal et les autres composantes du régime administratif; la question de savoir si le tribunal est une instance juridictionnelle, des considérations pratiques telle la capacité du tribunal d'examiner des questions de droit. Les considérations pratiques ne sauraient toutefois l'emporter sur ce qui ressort clairement de la loi elle-même.
- (3) S'il est jugé que le tribunal a le pouvoir de trancher les questions de droit découlant de l'application d'une

⁴¹ *Nouvelle-Écosse (Workers' Compensation Board) c. Martin*, 2003 CSC 54.

⁴² *Ibid.*

disposition législative, ce pouvoir sera présumé inclure celui de se prononcer sur la constitutionnalité de cette disposition au regard de la *Charte*.

- (4) La partie qui prétend que le tribunal n'a pas compétence pour appliquer la *Charte* peut réfuter la présomption a) en signalant que le pouvoir d'examiner la *Charte* a été retiré expressément, ou b) en convainquant le tribunal qu'un examen du régime établi par la loi mène clairement à la conclusion que le législateur a voulu exclure la *Charte* des questions de droit soumises à l'examen du tribunal. Une telle inférence doit émaner de la loi elle-même et non de considérations externes⁴³.

Dans le cas du nouveau programme, encore faudrait-il y avoir une loi habilitante donnant ce pouvoir à l'arbitre avant de pouvoir nous prononcer sur la question. Faudra-t-il attendre d'avoir des réponses à toutes ces questions avant que le programme puisse prendre forme?

C - La gestion du nouveau programme

Selon l'entente le nouveau programme sera administré par une institution indépendante (le « gestionnaire ») du gouvernement fédéral ayant un large mandat de service public et il appartiendra à un Comité d'experts se rapportant au gestionnaire de sélectionner au mérite les dossiers qui seront financés aux termes du Programme. Les lignes directrices et priorités du Programme seront établies dans une entente de contribution devant être signée entre le gestionnaire et la ministre du Patrimoine canadien.

Que se passerait-il si le gouvernement décidait, par exemple, d'avoir un gestionnaire différent pour chacun des volets de l'entente? Évidemment, vous répondriez qu'il serait en violation de l'entente. Mais, alors qu'elle serait le recours de la FCFA? Pour répondre à cette question, il faut revenir à la partie ci-dessus qui traite de la validité juridique de l'entente et des recours qui sont, le cas échéant, disponibles en cas de violation.

⁴³ *Ibid.* au para. 48.

Mais qu'elle est l'importance qu'il y ait un ou deux ou même trois gestionnaires? Pour répondre à cette question, il faut regarder la clause 7 de l'entente. Celle-ci prévoit: «le gestionnaire pourra par ailleurs prendre en considération les besoins des communautés de langues officielles en situation minoritaire et aura la discrétion sur cette base, de répartir différemment, à même l'enveloppe budgétaire annuelle globale de 1 500 000 \$, les montants alloués au titre des trois (3) volets du programme.» L'objectif de cette clause est évidemment de conférer une discrétion au gestionnaire de bonifier, le cas échéant, le troisième volet portant sur les «recours judiciaires», lequel se trouve à être, sur le plan financier, l'enfant pauvre du nouveau programme. Si on répartissait l'administration entre trois gestionnaires, ne risquerait-on pas de contrecarrer l'objectif de cette clause? En effet, comment le gestionnaire responsable du troisième volet pourrait-il bonifier celui-ci lorsqu'il n'a aucun contrôle sur les enveloppes budgétaires des autres volets?

La clause 9 est une autre clause intéressante. Elle prévoit que l'élaboration des lignes directrices du volet «résolution de conflits», de même que la désignation du gestionnaire et des membres du comité d'experts, lesquels participeront à la sélection des dossiers qui seront financés par le Programme, se feront en concertation de la FCFA et, à la discrétion du gouvernement, avec d'autres intervenants issus des communautés de langue officielle en situation minoritaire. Cette clause est intéressante sous plusieurs aspects. Premièrement, elle ne prévoit une participation des communautés minoritaires qu'à l'élaboration des lignes directrices du volet «résolution de conflits», mais non à celles des volets «promotion» et «recours judiciaires». Deuxièmement, on ne prévoit pas la participation des communautés à l'élaboration des lignes directrices et priorités du programme qui seront établies dans une entente de contribution entre le gestionnaire et la ministre du Patrimoine canadien. Or, la dernière ligne de la clause 9 prévoit que les décisions finales concernant l'élaboration des lignes directrices du volet «résolution de conflits», la désignation du gestionnaire et des membres du comité d'experts reviendront au gouvernement. Le gouvernement se réserve donc la décision ultime sur ces questions.

CONCLUSION

La légitimité d'un groupe passe par sa capacité de défendre ce en quoi il croit et non d'accepter un compromis incertain par crainte de voir certaines portes se fermer. Bien qu'il se puisse fort bien que le nouveau programme soit finalement avantageux pour les communautés de langue officielle, plusieurs aspects de celui-ci sont encore aujourd'hui trop imprécis et nécessitent une reformulation et même, comme c'est le cas pour le volet « Résolution des conflits », une révision complète.

Force nous est également de constater que le règlement hors cours intervenu entre les parties nous enlève une occasion de préciser la portée de la nouvelle partie VII. Que la FCFA ait gagné ou perdu son dossier judiciaire, cela nous aurait permis de mieux comprendre la portée de la partie VII de la *Loi*. Nous aurions su enfin, si la modification de 2005 apporte un changement profond aux obligations du gouvernement fédéral ou si elle n'est qu'un changement cosmétique, n'apportant rien de concret. Au lieu, nous devons continuer à nous en remettre à des hypothèses et à la « bonne volonté » des administrateurs qui lui donneront l'interprétation qu'ils voudront bien y donner.

Le débat entourant la vraie portée de la partie VII est donc partie remise et, en ce qui concerne le rétablissement d'un programme de contestation judiciaire juste et équitable, seul l'avenir nous dira si le Commissariat aux langues officielles et la FCFA ont fait un pari gagnant.