

COUR SUPRÊME DU CANADA
(EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE)

ENTRE :

**CONSEIL SCOLAIRE FRANCOPHONE DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE,
FÉDÉRATION DES PARENTS FRANCOPHONES DE
COLOMBIE-BRITANNIQUE, ANNETTE AZAR-DIEHL,
STÉPHANE PERRON ET MARIE-NICOLE DUBOIS**

APPELANTS
(appelants)

ET :

**SA MAJESTÉ LA REINE EN CHEF DE
LA PROVINCE DE COLOMBIE-BRITANNIQUE ET
LE MINISTRE DE L'ÉDUCATION DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE**

INTIMÉS
(intimés)

ET :

**COMMISSAIRE AUX LANGUES OFFICIELLES DU CANADA,
RÉSEAU DES GROUPES COMMUNAUTAIRES DU QUÉBEC,
DAVID ASPER CENTRE FOR CONSTITUTIONAL RIGHTS,
ASSOCIATION DES JURISTES D'EXPRESSION FRANÇAISE DU NOUVEAU-
BRUNSWICK ET ASSOCIATION DES ENSEIGNANTES ET ENSEIGNANTS
FRANCOPHONES DU NOUVEAU-BRUNSWICK (CONJOINTEMENT),
FÉDÉRATION NATIONALE DES CONSEILS SCOLAIRES FRANCOPHONES,
ASSOCIATION DES PARENTS DE L'ÉCOLE ROSE-DES-VENTS ET ASSOCIATION
DES PARENTS DE L'ÉCOLE DES COLIBRIS (CONJOINTEMENT),
CANADIAN ASSOCIATION FOR PROGRESS IN JUSTICE,
SOCIÉTÉ DE L'ACADIE DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET FÉDÉRATION DES
CONSEILS D'ÉDUCATION DU NOUVEAU-BRUNSWICK (CONJOINTEMENT),
ASSEMBLY OF MANITOBA CHIEFS,**

**COMMISSION NATIONALE DES PARENTS FRANCOPHONES,
CONSEILSCOLAIRE FRANCOPHONE PROVINCIAL DE TERRE-NEUVE-ET-
LABRADOR,
CHAIRE DE RECHERCHE SUR LA FRANCOPHONIE CANADIENNE EN DROITS ET
ENJEUX LINGUISTIQUES**

INTERVENANTS

ET :

**PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE,
PROCUREUR GÉNÉRAL DU NOUVEAU-BRUNSWICK,
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD,
PROCUREUR GÉNÉRAL DE LA SASKATCHEWAN,
PROCUREUR GÉNÉRAL DE L'ALBERTA,
PROCUREUR GÉNÉRAL DE TERRE-NEUVE-ET-LABRADOR,
PROCUREUR GÉNÉRAL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST**

INTERVENANTS

MÉMOIRE

**DE L'ASSOCIATION DES JURISTES D'EXPRESSION FRANÇAISE
DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC.
ET
DE L'ASSOCIATION DES ENSEIGNANTES ET ENSEIGNANTS FRANCOPHONES
DU NOUVEAU-BRUNSWICK INC.**

Avocat des intervenants,
Association des juristes d'expression
française du Nouveau-Brunswick inc. et
Association des enseignantes et enseignants
francophones du Nouveau-Brunswick inc.

Érik Labelle Eastaugh
(erik.labelle.eastaugh@umoncton.ca)
Université de Moncton
Campus de Moncton

Correspondante pour les intervenants,
Association des juristes d'expression
française du Nouveau-Brunswick inc. et
Association des enseignantes et enseignants
francophones du Nouveau-Brunswick inc.

Caza Saikaley LLP
220 Laurier Ave. West, Suite 350
Ottawa, ON K1P 5Z9

Pavillon Léopold-tailon
18, avenue antonine-maillet
Moncton, NB E1A 3E9

Tél. : (506) 863-2136
Télé. : (506) 858-4534

Alyssa Tomkins
(ATomkins@plaideurs.ca)

Tél. : (613) 565-2292
Télé. : (613) 565-2087

ORIGINAL : REGISTRAIRE

Cour suprême du Canada
301, Rue Wellington
Ottawa, ON K1A 0J1

COPIES :

Juristes Power
401, rue Georgia Ouest, bureau 1660
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6B 5A1

Robert W. Grant, c.r
Marc C. Power,
François J. Larocque
Jennifer A. Klinck
David P. Taylor
Caroline Magnan
Sara-Marie Scott
Tél. : 604-260-4462
Télé. : 604-260-4462
Courriel : smscott@juristespower.ca

Procureurs des appelants

ET :

Ministère du procureur général
Direction des services juridiques
1001, rue Douglas,
Cp 9280, stn. Prov. Govt.
Victoria (Colombie-Britannique)
V8W 9J7

Karrie Wolfe

Juristes Power
130, rue Albert, bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Darius Bossé

Tél. : 613-706-1091
Télé. : 613-706-1091
Courriel : dbosse@juristespower.ca

Correspondant des appelants

Gowling WLG (Canada) LLP

160, rue Elgin, bureau 2600
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3

Matthew Estabrooks

Eva L. Ross
Katherine Webber

Tél. : 250-356-9154
Télé. : 250-356-5707
Courriel : karrie.wolfe@gov.bc.ca

Procureures des intimés

Procureur général des Territoires du Nord-Ouest

Sarah Kay
Karin Taylor
Legal Division
Department of Justice
4903, rue 49^e Cp 1320
Cp 9280, stn. Prov. Govt.
Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest)
X1A2L9
Tél. : 867-767-9257
Télé. : 867-873-0234
Courriel : sarah_kay@gov.nt.ca

Procureures de l'intervenant,
Procureur général des Territoires du Nord-Ouest

Procureur général de l'Alberta

Randy Steele

11^e étage, Tour Oxford
10025, avenue 102A
Edmonton (Albélia)
T5J 2Z2

Tél. : 780-422-6619
Télé. : 780-425-0307
Courriel: randy.steele@gov.ab.ca

Procureur de l'intervenant,
Procureur général de l'Alberta

Tél. : 613-233-1781
Télé. : 613-563-9869
Courriel:
matthew.estabrooks@gowlingwlg.com

Correspondant des intimés

Correspondant

Guy Régimbald

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario)
K1P 1C3
Tél. : 613-786-0197
Télé. : 613-788-3559
Courriel :
guy.regimbald@gowlingwlg.com

Correspondant,
Procureur général des Territoires du Nord-Ouest

Correspondante

D. Lynne Watt

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario), K1P 1C3

Tél. : 613-786-8695
Télé. : 613-788-3509
Courriel: lynne.watt@gowlingwlg.com

Correspondante,
Procureur général de l'Alberta

Procureur général de la Saskatchewan

Alan F. Jacobson

820-1874, rue Scarth
8e étage
Regina (Saskatchewan)
S4P 3V7

Tél. : 306-787-3680
Télé. : 306-787-9111
Courriel: alan.jacobson@gov.sk.ca

**Procureur de l'intervenant,
Procureur général de la Saskatchewan**

**Procureur général du Nouveau-
Brunswick**

Isabel Lavoie Daigle

**Ministère de la Justice et Cabinet du
Procureur général**
675, rue King
Bureau 2018
Fredericton (Nouveau-Brunswick)
E3B 5H1

Tél. : 506-238-1652
Courriel : isabel.lavoiedaigle@gnb.ca

**Procureure de l'intervenant,
Procureur général du Nouveau-
Brunswick**

Procureur général de la Nouvelle-Écosse

Edward A. Gores, c.r.
1690, rue Hollis, 8e étage
Halifax (Nouvelle-Écosse)
B3J 2L6

Correspondante

D. Lynn Watt

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario), K1P 1C3

Tél. : 613-786-8695
Télé. : 613-788-3509
Courriel: lynne.watt@gowlingwlg.com

**Correspondante,
Procureur général de la Saskatchewan**

Correspondante

D. Lynne Watt

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario),
K1P 1C3

Tél. : 613-786-8695
Télé. : 613-788-3509
Courriel: lynne.watt@gowlingwlg.com

**Correspondante,
Procureur général du Nouveau-
Brunswick**

Correspondante

D. Lynne Watt
Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario), K1P 1C3

Tél. : 902-424-4024
Télé. : 902-424-1730
Courriel: edward.gores@novascotia.ca

**Procureur de l'intervenant,
Procureur général de la Nouvelle-Écosse**

Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard

Ruth M. DeMone

**Département de la Justice et de la
Sécurité publique**
Services juridiques, Immeuble Shaw,
4e étage (sud)
95, rue Rochford, Cp 2000
Charlottetown (Île-du-Prince-Édouard)
CIA 7N8

Tél. : 902-368-5486
Télé. : 902-368-4563
Courriel: rmdemone@gov.pe.ca

**Procureure de l'intervenant,
Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard**

**Procureur général de Terre-Neuve-et-
Labrador**

Barbara Barrowman

4e étage, Bloc Est
Édifice de la Confédération, Cp 8700
St. John's (Terre-Neuve-et-Labrador)
A1B 4J6

Tél. : 709-729-0448
Télé. : 709-729-2129
Courriel : barbarabanowman@gov.nl.ca

Procureure de l'intervenant,

Tél. : 613-786-8695
Télé. : 613-788-3509
Courriel: lynne.watt@gowlingwlg.com

**Correspondante,
Procureur général de la Nouvelle-Écosse**

Correspondante

D. Lynne Watt

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario), KIP 1C3

Tél. : 613-786-8695
Télé. : 613-788-3509
Courriel: lynne.watt@gowlingwlg.com

**Correspondante,
Procureur général de l'Île-du-Prince-Édouard**

Correspondant

Robert E. Houston, c.r.

Gowling WLG (Canada) s.r.l.
160, rue Elgin, bureau 2600
Cp 466, stn. A
Ottawa (Ontario), KIP 1C3

Tél. : 613-783-8817
Télé. : 613-788-3500
Courriel: robert.houston@gowlingwlg.com

Correspondant,

Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador

Procureur général de Terre-Neuve-et-Labrador

Le Commissaire aux langues officielles du Canada

**Christine Ruest Norrena
Isabelle Bousquet
Audrey Levesque**

**Direction des affaires juridiques
Commissariat aux langues officielles du Canada**

30, rue Victoria, 6e étage
Gatineau (Québec) K1A 0T8

Tél. : 819-420-4867

Télec.: 819-420-4837

Courriel : Christine.RuestNorrena@ocolclo.gc.ca

**Procureures de l'intervenant,
Le commissaire aux langues officielles du Canada**

Réseau des groupes communautaires du Québec

**Marion Sandilands
Conway Baxter Wilson LLP**

400-411 Roosevelt A venue
Ottawa (Ontario)
K2A3X9

Tél. : 613-780-2021

Télec. : 613-688-0271

Courriel: msandilands@conway.pro

**Procureure de l'intervenant,
Réseau des groupes communautaires du Québec**

Correspondante

**Marion Sandilands
Conway Baxter Wilson LLP**

400-411 Roosevelt A venue
Ottawa (Ontario)
K2A3X9

Tél. : 613-780-2021

Télec. : 613-688-0271

Courriel : msandilands@conway.pro

**Correspondante,
Réseau des groupes communautaires du Québec**

David Asper Centre for Constitutional Rights

**Kent Roach
Cheryl Milne**

University of Ontario
78 Queen's Park Cres. East
Toronto (Ontario)
M5S 2C3

Tél. : 416-978-0092
Télé. : 416-978-8894
Courriel : kent.roach@utoronto.ca

**Procureurs de l'intervenant,
David Asper Centre for
Constitutional Rights**

Fédération nationale des conseils scolaires francophones

**Roger J.F. Lepage, Q.C.
Peter T. Bergbusch
Jonathan Martin**

Miller Thomson LLP
2103 - 11th Avenue
Suite 600
Regina (Saskatchewan)
S4P 3Z8

Tél. : 306-347-8330
Télé. : 306-347-8350
Courriel : rlepage@millerthomson.com

**Procureurs de l'intervenant,
Fédération nationale des conseils scolaires francophones**

Correspondant

Guy Régimbald

Norton Rose Fulbright Canada LLP
45 O'Conner Street
Suite 1500
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Tél. : 613-780-8654
Télé. : 613-230-5459
Courriel :
matthew.halpin@nortonrosefulbright.com

**Correspondant,
David Asper Centre for
Constitutional Rights**

Correspondante

Maxine Vincelette

Juristes Power
130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-702-5573
Télé. : 613-702-5573
Courriel : mvincelette@powerlaw.ca

**Correspondante,
Fédération nationale des conseils scolaires francophones**

Association des parents de l'école Rose-des-Vents et Association des parents de l'école des Colibris

**Nicolas M. Rouleau
Sylvain Rouleau**

41, Burnside Dr.
Toronto (Ontario)
M6G 2M9

Tél. : 416-885-1361
Télé. : 888-850-1306
Courriel : rouleau@gmail.com

**Procureurs de l'intervenant,
Association des parents de l'école Rose-des-Vents et Association des parents de l'école des Colibris**

Canadian Association for Progress in Justice

**Audrey Boctor
Johanna Morteux**

IMKLLP
Alexis Nihon Plaza, Tower 2
3500 De Maisonneuve Blvd. West
Montréal (Québec)
H3Z 3C1

Tél. : 514-934-7737
Télé. : 514-935-2999
Courriel : aboctor@imk.ca

**Procureures de l'intervenant,
Canadian Association for Progress in Justice**

Correspondante

Maxine Vincelette

Power Law
130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-702-5573
Télé. : 613-702-5573
Courriel : mvincelette@powerlaw.ca

**Correspondante,
Association des parents de l'école Rose-des-Vents et Association des parents de l'école des Colibris**

Correspondant

Matthew J. Halpin

Norton Rose Fulbright Canada LLP
45 O'Connor Street
Suite 1500
Ottawa (Ontario)
K1P 1A4

Tél. : 613-780-8654
Télé. : 613-230-5459
Courriel : matthew.halpin@nortomosefulbright.com

**Correspondant,
Canadian Association for Progress in Justice**

Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick

Dominic Caron

Pink, Larkin

1133, rue Regent
Bureau 210
Fredericton (Nouveau-Brunswick)
E3B 3Z2

Tél. : 506-458-1989
Télé. : 506-458-1127
Courriel : dcaron@pinklarkin.com

**Procureur de l'intervenant,
Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick**

**Assembly of Manitoba
Chiefs**

**Byron Williams
Joëlle Pastora Sala**

Public Interest Law Centre
200 - 393 Portage Avenue
Winnipeg (Manitoba)
R3B 3H6

Tél. : 204-985-8540
Télé. : 204-985-8544
Courriel : bywil@pilc.mb.ca

**Procureurs de l'intervenant,
Assembly of Manitoba Chiefs**

Correspondant

Darius Bosse

Juristes Power

130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-706-1091
Télé. : 613-706-1091
Courriel: DBosse@juristepower.ca

**Correspondant,
Société de l'Acadie du Nouveau-Brunswick et Fédération des conseils d'éducation du Nouveau-Brunswick**

Correspondante

Maxine Vincelette

Juristes Power
130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-702-5573
Télé. : 613-702-5573
Courriel : mvincelette@powerlaw.ca

**Correspondante,
Assembly of Manitoba Chiefs**

**Commission nationale des parents
francophones**

Vincent Larochelle

Larochelle Law

4133, 4e avenue
Bureau 201
Whitehorse (Territoire du Yukon)
Y1A 1H8

Tél. : 867-333-3608

Courriel : vincent@larochellelaw.ca

**Procureur de l'intervenant,
Commission nationale des parents
francophones**

**Conseil scolaire francophone provincial
de Terre-Neuve-et-Labrador**

Maitre Andrew Carricato

Lidstone & Company

128, rue Pender Ouest
Bureau 1300
Vancouver (Colombie-Britannique)
V6B 1R8

Tél. : 604-899-2269

Télé. : 604-899-228 I

Courriel : carricato@lidstone.ca

**Procureur de l'intervenant,
Conseil scolaire francophone provincial
de Terre-Neuve-et-Labrador**

**Chaire de recherche sur la francophonie
canadienne en droits et enjeux
linguistiques**

François Larocque

Correspondante

Maitre Maxine Vincelette

Juristes Power

130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-702-5573

Télé. : 613-702-5573

Courriel : mvincelette@powerlaw.ca

**Correspondante,
Commission nationale des parents
francophones**

Correspondant

Maitre Darius Bosse

Juriste Power

130, rue Albert
Bureau 1103
Ottawa (Ontario)
K1P 5G4

Tél. : 613-706-1091

Télé. : 613-706-1091

Courriel : DBosse@juristepower.ca

**Correspondant,
Conseil scolaire francophone provincial
de Terre-Neuve-et-Labrador**

Université d'Ottawa
Faculté de droit, Section de common law
57, Louis Pasteur
Ottawa (Ontario)
KIN 6N5

Tél. : 613-894-4783

Télec. : 613-894-4783

Courriel : francoislarocque@uOttawa.ca

Procureur de l'intervenant,
Chaire de recherche sur la francophonie
canadienne en droits et enjeux
linguistiques

TABLE DES MATIÈRES

PARTIE I – EXPOSÉ CONCIS.....	1
PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE.....	2
PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS	3
A. Les conclusions de la juge première instance	3
B. La démarche analytique correcte	4
a) L'échelle variable et la « proportionnalité »	5
b) Le critère de la « justification » et le rôle des coûts	6
c) Le rôle des comparaisons locales	8
d) Le principe de l'« équivalence »	10
PARTIE IV – TABLE DES SOURCES	12

PARTIE I – EXPOSÉ CONCIS

1. L'Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick (AJEFNB) et l'Association des enseignantes et des enseignants francophones du Nouveau-Brunswick (AEFNB) interviennent afin de présenter leur position à l'égard d'une question qui est au cœur du présent pourvoi : comment déterminer le niveau de services requis par l'article 23 de la *Charte* ?
2. Bien qu'il y ait une jurisprudence abondante sur l'article 23, cette question demeure floue. Dans l'arrêt *Mahe*¹, cette Cour a déterminé que le niveau de services requis ferait l'objet d'une analyse en fonction d'un critère ou d'une « échelle » variable, mais elle n'en a pas défini les paramètres avec précision. Depuis ce temps, le principe de l'échelle variable n'a jamais été appliqué dans un contexte comme celui en l'espèce, c'est-à-dire où le nombre d'élèves en cause ne se situe pas manifestement à la limite supérieure de l'échelle. Par conséquent, la juge de première instance a dû interpréter les principes généraux qui sous-tendent l'échelle variable pour trancher le différend en l'espèce. Malheureusement, et avec égards, le critère qu'elle a retenu dénature complètement l'échelle variable et ne répond pas aux objets de l'article 23.
3. Puisque la décision de cette Cour en l'espèce fera jurisprudence à travers le Canada, notamment au Nouveau-Brunswick, l'intervention de l'AJEFNB et de l'AEFNB a pour but de clarifier davantage le cadre conceptuel de l'échelle variable afin d'aider cette Cour à énoncer un critère qui soit compatible avec l'article 23.
4. À la base, l'erreur de la juge de première instance est d'avoir confondu deux questions différentes qui constituent des étapes distinctes de l'analyse en vertu de l'article 23 : a) la question du niveau de services requis, et b) la question de la qualité du service offert.
5. Pour répondre à la deuxième question, le tribunal doit comparer les services offerts à la minorité avec ceux offerts à la majorité, et ce, dans la même région, afin de déterminer s'ils sont de qualité égale ou équivalente. En revanche, la première question n'exige aucune comparaison directe avec les services offerts à la majorité. Ces derniers peuvent être pertinents, dans la mesure où ils permettent d'illustrer ce qui est « pratiquement faisable »² avec un nombre d'élèves déterminé, mais la décision finale quant au niveau de services requis ne dépend pas, et ne peut dépendre, de

¹ *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 365 [*Mahe*].

² *Ibid* à la p 367.

l'existence d'un rapport donné (ou d'un degré de « proportionnalité ») entre les services revendiqués et ceux offerts à la majorité, que ce soit sur le plan pédagogique ou financier.

6. La juge de première instance a statué que le niveau de services requis est celui dont le rapport coût-efficacité serait « proportionné » aux services offerts à la majorité dans la même communauté³. Ainsi, son critère emprunte la grille d'analyse de la deuxième question pour répondre à la première, ce qui est en soi une erreur de droit. En outre, il place la question des coûts au cœur de l'analyse, alors que leur pertinence est principalement accessoire.
7. L'article 23 confère un droit autonome fondé sur les intérêts de la minorité linguistique, et non sur ce qui est « proportionné » aux services offerts à la majorité. Le principe de l'échelle variable signifie que l'article 23 « garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question »⁴. Est « approprié » le niveau qui « assure à la minorité la plénitude de la protection que justifie son nombre » en vertu de l'article 23 [nous soulignons]⁵. Cette question ne dépend aucunement de ce qui est offert à la majorité, et les coûts n'y jouent qu'un rôle secondaire.
8. Le niveau de services « approprié » est celui qui serait « justifié » en fonction des objets de l'article 23, et non celui dont le rapport coût-efficacité semble « pratique » du point de vue de la majorité locale⁶, comme l'a statué la cour de première instance⁷. Le niveau de services « justifié » se détermine en fonction des intérêts que protège l'article 23, notamment les besoins pédagogiques des élèves en cause, et de l'objet réparateur de cette disposition. Pour ce faire, il faut tenir compte de tout modèle pertinent ailleurs dans la province et non pas se limiter à la région où se trouvent les ayants-droit. Les comparaisons locales sont réservées à une étape distincte de l'analyse, dans laquelle il est question d'évaluer la qualité des services actuellement offerts.

PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE

9. Le mémoire des appelants définit quatre questions en litige⁸. L'intervention de l'AJEFNB et de l'AEFNB vise uniquement la première d'entre elles, à savoir :

³ *Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)*, 2016 BCSC 1764 au para 849 [CSFCB, première instance].

⁴ *Mahe*, *supra* note 1 à la p 365.

⁵ *Ibid* à la p 366.

⁶ CSFCB, première instance, *supra* note 3 au para 791.

⁷ *Ibid* aux para 2207, 2343, 4765-6.

⁸ *Mémoire des appelants* à la p 7 [*Mémoire des appelants*].

- 1) Comment situe-t-on sur l'échelle variable un nombre d'élèves d'une école de langue française lorsqu'il est inférieur au nombre d'élèves dans les écoles de langue anglaise avoisinantes ?

PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

A. Les conclusions de la juge première instance

10. Les parties en l'espèce ne s'entendent pas sur le niveau de services requis dans plusieurs communautés. La juge de première instance devait donc définir le niveau de services auquel ces communautés avaient droit.
11. Jusqu'à date, la jurisprudence de cette Cour sur le niveau de services requis par l'article 23 a traité uniquement de situations dans lesquelles les ayants-droit se situaient, d'un commun accord, à la limite supérieure de l'échelle variable⁹. La question de savoir comment définir les droits d'un groupe qui se trouve en deçà d'un tel nombre n'a donc jamais été abordée en détail. Devant cette situation, la juge de première instance a choisi d'élaborer un nouveau critère qui, selon elle, découle des principes reconnus par la jurisprudence relative à l'article 23. Malheureusement, le critère qu'elle a retenu est fondé sur des erreurs de droit et ne répond pas réellement à la question en litige.
12. La juge Russell explique ce qu'elle estime être la démarche analytique à suivre pour situer les ayants-droit sur l'échelle variable aux paragraphes 779 à 795 de ses motifs. Jusqu'au paragraphe 790, sa description est exacte et conforme à la jurisprudence. Toutefois, au paragraphe 791, la juge de première instance tire une conclusion par rapport à l'échelle variable qui est incompatible avec l'article 23 et la jurisprudence pertinente.
13. Pour bien cerner l'erreur, il est utile de reproduire les paragraphes 790 et 791 de ses motifs :

[790] Chief Justice Dickson's focus on pedagogy and costs suggests that the analysis must be a practical one. The same concern is reflected in his comment that the question is "whatever type and level of rights and services is appropriate in order to provide minority language instruction for the particular number of students involved" (at 366). Similarly, when discussing why a sliding scale is preferable to a separate rights approach, Dickson C.J.C. emphasized that s. 23 "simply mandates that governments do whatever is practical in the situation to preserve and promote minority language education" [Emphasis added] (at 367).

[791] To determine what is practical for governments to provide in terms of pedagogy and cost, it makes sense to look to what government would provide for a similar number of majority

⁹ *Mahe*, supra note 1; *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 RCS 3 au para 54 [*Arsenault-Cameron*]; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 RCS 3; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c British Columbia (Éducation)*, [2015] 2 RCS 139 [*Rose-des-vents*].

students in the same community [nous soulignons].

14. Ainsi, selon la juge Russell, ce qui est « pratiquement faisable » au sens de l'arrêt *Mahe* dépend des services qui sont prodigués à la majorité dans la même région que les demandeurs¹⁰. Si un recours porte sur une communauté dont l'emplacement sur l'échelle variable fait l'objet d'un débat, comme en l'espèce, il en découle la conséquence suivante : « *along the sliding scale, it is practical for the CSF's facilities and programmes to be proportionate to the facilities and programmes offered at majority schools in the same area* »¹¹ [c'est la juge Russell qui souligne].
15. En appliquant cette grille d'analyse, la juge de première instance a conclu, entre autres, que les ayants-droit de Whistler¹², Chilliwack¹³ et Pemberton¹⁴ n'avaient pas droit à une école distincte homogène parce que cela ne constituerait pas une utilisation rentable des fonds publics (« *cost-effective* ») en comparaison avec les écoles de langue anglaise de la même région. La Cour d'appel a confirmé l'approche générale de la juge de première instance, ainsi que ses conclusions par rapport aux communautés susmentionnées¹⁵.

B. La démarche analytique correcte

16. Le critère retenu en première instance comporte deux éléments : 1) un principe selon lequel le niveau de services « approprié » est celui qui est « proportionné » aux services offerts à la majorité au niveau de son rapport coût-efficacité ; et 2) un cadre géographique qui se limite à la région où se trouvent les ayants-droit¹⁶. Or, ni l'un ni l'autre de ces éléments n'est compatible avec la jurisprudence.
17. Les incompatibilités se situent à deux niveaux : la structure du critère, et l'interprétation de la jurisprudence sur laquelle il repose.
18. Structure : tout tribunal saisi d'un recours comme celui en l'espèce doit déterminer si le niveau de services revendiqué est justifié au regard de l'article 23. Pour répondre à cette question, il doit soupeser les divers facteurs pertinents et appliquer la norme de la « justification », laquelle émane

¹⁰ CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 2121, 2124-5.

¹¹ *Ibid* au para 849.

¹² *Ibid* au para 2207.

¹³ *Ibid* aux para 4765-6.

¹⁴ *Ibid* au para 2343.

¹⁵ *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)*, 2018 BCCA 305 au para 142 [CSFCB, en appel].

¹⁶ CSFCB, première instance, *supra* note 3 au para 848.

de l'article 23. Aucun facteur individuel ne peut déterminer à lui seul le résultat de cet exercice.

19. Le critère retenu en première instance ne respecte pas cette exigence. Au contraire, il s'appuie essentiellement sur un seul facteur, soit le degré de « proportionnalité » entre le rapport coût-efficacité (« *cost-effectiveness* ») des services revendiqués et les services offerts à la majorité dans la même communauté. Bien que les services offerts à la majorité puissent être pertinents à l'analyse, notamment à titre d'illustration de ce qui est « pratiquement faisable » sur le plan pédagogique, ils ne constituent pas un élément essentiel de l'analyse et ne déterminent pas à eux seuls ce qui est « justifié » au regard de l'article 23.

20. Interprétation de la jurisprudence : l'erreur susmentionnée découle d'une interprétation erronée de deux aspects fondamentaux de la jurisprudence de cette Cour : a) la notion d'une mesure « pratiquement faisable » sur laquelle repose les motifs du juge en chef Dickson dans l'arrêt *Mahe*¹⁷, ainsi que b) le rôle qu'ont joué les circonstances locales dans la jurisprudence de cette Cour. Même s'il est vrai que, dans certains cas, comme celui dont il était question dans l'arrêt *Rose-des-vents*¹⁸, l'issue du recours dépendra principalement d'une comparaison avec les écoles de la majorité locales, il ne s'agit pas d'un principe général applicable à tous les recours formés en vertu de l'article 23.

a) *L'échelle variable et la « proportionnalité »*

21. Le niveau de services « approprié » n'est pas celui dont le ratio coûts-avantages serait « proportionné » à ce qui est offert à la majorité.

22. D'entrée de jeu, il faut souligner que ni l'article 23, ni l'arrêt *Mahe* n'emploient le terme « proportionnalité ». Les alinéas 23(3)a) et 23(3)b) emploient le terme « justifie » (anglais : « *warrant* »), alors que l'arrêt *Mahe* utilise les termes « justifié », « approprié » ou « pratiquement faisable ». De toute évidence, l'idée d'une échelle variable repose forcément sur une certaine notion de proportionnalité, car elle fait varier le contenu du droit en proportion avec divers facteurs contextuels¹⁹. Toutefois, la juge de première instance a mal saisi la nature de ce principe et a donc défini un critère qui ne respecte pas les enseignements de l'arrêt *Mahe*.

23. Même si la notion de proportionnalité, au sens général, trouve des échos dans le principe de

¹⁷ *Mahe*, supra note 1 à la p 367.

¹⁸ *Rose-des-vents*, supra note 9.

¹⁹ *Mahé*, supra note 1 à la p 385.

l'échelle variable, il est préférable d'éviter ce terme. La question de la « justification » au sens de l'article 23 n'est pas une simple question d'adéquation entre la minorité et la majorité²⁰. Le principe de l'échelle variable « assure à la minorité la plénitude de la protection que justifie son nombre »²¹. En évaluant ce qui est « justifié » par le nombre, « l'analyse doit se fonder sur les fins de l'art. 23 »²². Le terme « proportionnalité », en revanche, peut donner l'impression que l'analyse devrait être axée sur une comparaison (une « mise en proportion ») avec la majorité.

24. Néanmoins, même si l'on cherchait à décrire l'échelle variable en termes d'un principe de proportionnalité, il faudrait lui donner une structure très différente de celle du critère retenu par la juge Russell. Le lien de « proportionnalité » qui doit être évalué se situe entre, d'une part, le nombre d'élèves de la minorité, leurs besoins pédagogiques (y compris les intérêts linguistiques et culturels) et les coûts du service revendiqué, et, d'autre part, les objets de l'article 23, qui déterminent ce qui est « justifié ». En revanche, le critère retenu par la juge de première instance suppose que le lien de proportionnalité qui doit être évalué est celui entre la rentabilité (« *cost-effectiveness* ») des services revendiqués et les services offerts à la majorité. Ce lien fait ensuite l'objet d'une évaluation en vertu d'une norme de similitude et non de « justification »²³.

25. Ainsi donc, le critère de la juge de première instance transforme complètement la structure du principe de l'échelle variable. Qui plus est, la norme de la « similitude » qu'il emploie pour évaluer le degré de proportionnalité est dénuée de fondement.

b) Le critère de la « justification » et le rôle des coûts

26. Comme l'a souligné cette Cour dans l'arrêt *Mahe*, lorsqu'il s'agit de situer les ayants-droit sur l'échelle variable, la première étape est de déterminer les besoins pédagogiques des élèves en cause. Cet élément constitue la véritable pierre angulaire de l'échelle variable. En revanche, le critère retenu en première instance met l'accent sur la rentabilité des services revendiqués et place donc les coûts au centre de l'analyse.

27. En définissant les besoins pédagogiques, le but est d'« assure[r] à la minorité la plénitude de la

²⁰ *Ibid* : « l'expression "nombre suffisant pour justifier" ne donne pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être l'enseignement et les établissements appropriés (compte tenu des considérations susmentionnées) dans chaque situation donnée ».

²¹ *Ibid* à la p 366.

²² *Ibid* à la p 385.

²³ Voir, par exemple, CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 2121 et 2124-6.

protection que justifie son nombre »²⁴. Il faut donc déterminer le niveau maximal de services qui peut « fonctionner efficacement »²⁵, c'est-à-dire qui peut remplir les besoins pédagogiques. La réponse à cette question devrait être formulée « en fonction de ce qui favorisera le mieux l'épanouissement et la préservation de la minorité linguistique francophone dans la province »²⁶.

28. Hormis des cas très exceptionnels, cette question ne dépend pas du ratio coût-avantages du service revendiqué. Il est possible, voire même probable, qu'un niveau de services approprié d'un point de vue pédagogique ait une structure des coûts nettement différente de ce que l'on observe au sein des programmes et des établissements de la majorité. Comme l'a reconnu cette Cour à maintes reprises, des écarts à ce chapitre sont quasi-inévitables et doivent être acceptés, car il faut donner préséance aux considérations pédagogiques et à l'objet réparateur de l'article 23²⁷.

29. Par exemple, dans l'arrêt *Mahe*, cette Cour a statué que l'écart entre le ratio coût-avantages d'une école de la minorité de 242 élèves et celui d'une école de la majorité de 1 000 élèves ne permettrait pas à la province de refuser de créer une école de cette taille²⁸. Or, la décision de la juge de première instance est en conflit direct avec cette conclusion. Entre autres, elle a statué que les ayants-droit de Whistler n'ont pas droit à une école primaire distincte parce que les écoles de la majorité ont quatre (4) fois plus d'élèves²⁹, écart qui a toutefois été jugé acceptable dans l'arrêt *Mahe*.

30. De façon générale, la décision de première instance suppose implicitement qu'un niveau de services donné pourrait être tellement coûteux, en comparaison avec les services prodigués à la majorité, qu'il ne serait pas justifié en vertu de l'article 23, même s'il était justifié au plan pédagogique. Mais la jurisprudence de cette Cour est beaucoup plus nuancée. Selon cette dernière, on peut certes concevoir, de façon hypothétique, la possibilité d'un niveau de services qui serait approprié d'un point de vue pédagogique mais qui serait néanmoins tellement coûteux qu'il ne serait pas justifié en vertu de l'article 23. Mais en pratique, une telle situation est difficilement envisageable³⁰. Comme l'indique l'arrêt *Mahe*, « dans la plupart des cas, les exigences pédagogiques permettront d'éviter l'imposition à l'État de charges pécuniaires irréalistes »³¹.

²⁴ *Mahe*, supra note 1 à la p 366.

²⁵ *Ibid* à la p 385.

²⁶ *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839 à la p 850.

²⁷ *Mahe*, supra note 1 aux pp 384-5; *Rose-des-vents*, supra note 9 au para 33.

²⁸ *Mahe*, supra note 1 à la p 387.

²⁹ CSFCB, première instance, supra note 3 au para 2236.

³⁰ *Mahe*, supra note 1 à la p 385.

³¹ *Ibid*.

31. La prise en compte des coûts dans la définition d'un droit prévu par la *Charte* est une exception à la règle et cette question doit donc être traitée avec une grande prudence³². Même si la possibilité d'un niveau de services « trop coûteux » existe théoriquement, il faudrait que le tribunal soit d'avis que les charges en question seraient « irréalistes »³³. À défaut d'une preuve à cet égard, le tribunal ne doit pas refuser d'ordonner l'octroi des mesures en question au motif qu'elles auraient un ratio coûts-avantages inférieur à celui des services offerts à la majorité. Or, rien en l'espèce ne suggère que les écoles jugées « disproportionnées » en première instance emporteraient des coûts « irréalistes ». Au contraire, de nombreuses écoles en C.-B. ont une taille semblable³⁴.

c) Le rôle des comparaisons locales

32. Le critère retenu en première instance impose une limite géographique à l'analyse lorsqu'il s'agit de situer les ayants-droit sur l'échelle variable. Il exige que le niveau de services soit « proportionné » aux services offerts à la majorité dans la même région que les ayants-droit, et que l'on ne tienne pas compte d'écoles qui sont à l'extérieur de cette région³⁵. Cette limite géographique est contraire à l'article 23.

33. D'entrée de jeu, il importe de souligner que, contrairement à ce que prétend la Cour d'appel en l'espèce, cet aspect de la décision de première instance ne s'appuyait pas sur une conclusion selon laquelle la preuve des appelants faisait défaut (« *was flawed* ») et que la cour était donc « forcée » de considérer uniquement des écoles locales³⁶. Il découlait plutôt d'une conclusion préalable sur une question de droit, selon laquelle seules les écoles locales seraient pertinentes lorsqu'il s'agit de déterminer ce qui est « pratiquement faisable » au sens de l'arrêt *Mahe*³⁷. La juge Russell n'a soulevé aucun problème au sujet de la preuve relative aux petites écoles ailleurs dans la province, et elle n'a évoqué aucun motif, autre que celui de la proximité géographique, pour justifier sa décision de privilégier les écoles locales en tant que barème de ce qui était « pratique »³⁸.

34. Cet aspect de sa décision semble découler de son interprétation du commentaire du juge en chef Dickson voulant que « les gouvernement doivent faire ce qui est pratiquement faisable dans les

³² *Ibid.*

³³ *Ibid.*

³⁴ CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 2693, 2895, 2897, 3073, 3292, 4925, 5218.

³⁵ *Ibid* aux para 2203-2207.

³⁶ CSFCB, en appel, *supra* note 15 au para 142.

³⁷ CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 790-1.

³⁸ Voir par exemple CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 2203-2207.

circonstances » [nous soulignons]³⁹, ainsi que du critère énoncé par cette Cour dans l'arrêt *Rose-des-vents*, qui impose une grille d'analyse locale lorsqu'il s'agit de déterminer si les services sont « équivalents »⁴⁰. Avec égards, la juge de première instance a mal interprété ces arrêts.

35. Premièrement, il est évident que l'intention du juge en chef Dickson en employant l'expression « dans les circonstances » n'était pas de limiter la portée géographique de l'analyse en vertu de l'article 23. Il a lui-même considéré la situation à l'échelle provinciale lorsqu'il avait à situer les ayants-droit sur l'échelle variable par rapport à leur droit de gestion et de contrôle⁴¹.
36. En règle générale, le cadre géographique pertinent ne sera pas une région particulière mais plutôt la province en entier⁴². Pour fixer le niveau de services approprié, le tribunal doit tenir compte de tous les modèles employés par la province, y compris ceux déployés uniquement à l'extérieur de la région immédiate des ayants-droit⁴³. Par exemple, dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, la Cour a tenu compte de sept petites écoles dans le district scolaire de l'Est de l'Île-du-Prince-Édouard, alors que les ayants-droit se situaient dans l'Ouest de la province⁴⁴ (et ce, contrairement à ce qu'affirme *per incuriam* la Cour d'appel en l'espèce, qui a prétendu que les écoles en question se situaient dans le même district que les parents⁴⁵).
37. Le critère énoncé dans l'arrêt *Rose-des-vents* déroge à ce principe dans une certaine mesure, mais uniquement au stade ultérieur de l'analyse où l'on évalue la qualité du service actuellement offert. Dans cette affaire, il n'était pas contesté que le nombre d'élèves en cause se situait à la limite supérieure de l'échelle variable⁴⁶. La question principale en litige était plutôt de savoir comment déterminer si l'école était pleinement « équivalente » à celles de la majorité, question de nature forcément comparative et dont il fallait définir les paramètres. En définissant le critère applicable, la Cour a imposé un cadre géographique local afin de reconnaître la situation réelle des parents,

³⁹ *Mahe*, *supra* note 1 à la p 367 ; CSFCB, première instance, *supra* note 3 aux para 790-791, 847-849.

⁴⁰ CSFCB, première instance, *supra* note 3 au para 2235 : « The proportionality analysis mirrors the perspective used in the equivalence analysis: it takes a substantive equivalence approach, from the perspective of the reasonable rightsholder parent, while making a local comparison of the global educational experience ».

⁴¹ *Mahe*, *supra* note 1 aux pp 387-88.

⁴² Comme l'a déjà statué cette Cour, « les calculs pertinents [pour déterminer si un service est justifié en vertu de l'article 23] ne se limitent pas aux subdivisions scolaires existantes » parce que les droits garantis par celui-ci s'appliquent « partout dans la province » : *Arsenault-Cameron*, *supra* note 9 au para 54.

⁴³ Une partie des informations pertinentes en l'espèce se trouve au paragraphe 41 du *Mémoire des appelants*, *supra* note 8.

⁴⁴ *Prince Edward Island (Government of) v Arsenault-Cameron*, 1998 CanLII 6153 (PE SCAD) au para 25; *Arsenault-Cameron*, *supra* note 9 aux para 48-49.

⁴⁵ CSFCB, en appel, *supra* note 15 au para 136.

⁴⁶ *Rose-des-vents*, *supra* note 9 au para 53.

qui sont appelés à choisir entre les services offerts à la minorité et ceux proposés à la majorité dans le cadre d'un contexte géographique particulier⁴⁷.

38. À défaut d'une justification fondée sur l'article 23 lui-même, un tribunal ne peut pas définir le contenu du droit en fonction d'un cadre géographique aussi restreint. Il faut bien sûr tenir compte du contexte géographique lorsqu'il s'agit de fixer le niveau de services approprié, car celui-ci est susceptible d'influencer plusieurs aspects des besoins pédagogiques et de la « praticabilité » des divers modèles de services potentiels. Mais la juge de première instance a choisi d'exclure de son analyse toute école non-locale et d'employer les écoles locales comme critère d'évaluation, alors que ni l'article 23 ni la jurisprudence ne permet de justifier l'adoption d'une telle démarche.

d) Le principe de l'« équivalence »

39. Enfin, il importe de souligner une erreur de droit connexe par rapport au principe d'« équivalence ». La juge de première instance a statué que l'article 23 n'exige des services « équivalents » qu'à la limite supérieure de l'échelle variable. Or, comme l'a souligné cette cour dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, « l'article 23 repose sur la prémisse que l'égalité réelle exige que les minorités de langue officielle soient traitées différemment, si nécessaire, suivant leur situation et leurs besoins particuliers, afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle »⁴⁸. Ainsi, le principe de l'équivalence est de portée générale et s'applique à tous les services offerts en vertu de l'article 23.

40. Le principe de l'échelle variable prévoit que les services précis qui doivent être offerts à la minorité exclusivement dans sa langue, et/ou dans un environnement défini par celle-ci (tels des espaces ou des établissements distincts), peut varier. Mais peu importe la part des services soumis à cette exigence d'« homogénéité linguistique », pour ainsi dire, la totalité de l'expérience éducative offerte à la minorité doivent toujours être de qualité équivalente à ce que reçoit la majorité.

⁴⁷ *Ibid* aux para 35-37.

⁴⁸ *Arsenault-Cameron*, *supra* note 9 au para 31.

LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS CE 12^e JOUR DE SEPTEMBRE 2019



Erik Labelle Eastaugh

(#BQ 292792-6)

Université de Moncton

Campus de Moncton

Pavillon Léopold-Taillon

18, avenue Antonine-Maillet

Moncton, NB E1A 3E9

Tél. : (506) 863-2136

Télé. : (506) 858-4534

Courriel : erik.labelle.eastaugh@umoncton.ca

Avocat des intervenants, Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. et Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc.

CAZA SAIKALEY S.R.L./LLP

220 Avenue Laurier Ouest, Suite 350

Ottawa, ON K1P 5Z9

Alyssa Tomkins

(BO# 54675D)

Tél. : (613) 565-2292

Télé. : (613) 565-2087

Courriel : atomkins@plaideurs.ca

Correspondante pour les intervenants, Association des juristes d'expression française du Nouveau-Brunswick inc. et Association des enseignantes et enseignants francophones du Nouveau-Brunswick inc.

PARTIE IV – TABLE DES SOURCES

Jurisprudences	Paragraphes
<i>Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard</i> , [2000] 1 RCS 3 .	31, 48-49 et 54
<i>Association des parents de l'école Rose-des-vents c British Columbia (Éducation)</i> , [2015] 2 RCS 139 .	33, 35-37 et 53
<i>Conseil-scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)</i> , 2016 BCSC 1764 .	790-791, 847-849, 2121, 2124-2126, 2203-2207, 2235, 2236, 2343, 2693, 2895, 2897, 3073, 3292, 4765-4766 4925, et 5218
<i>Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)</i> , 2018 BCCA 305 .	136 et 142
<i>Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)</i> , [2003] 3 RCS 3 .	
<i>Mahe c Alberta</i> , [1990] 1 RCS 342 .	pp. 365, 366, 367, 384-385 et 387-388
<i>Prince Edward Island (Government of) v Arsenault-Cameron</i> , 1998 CanLII 6153 (PE SCAD) .	25
<i>Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)</i> , art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 RCS 839 .	p. 850