

**COUR SUPRÊME DU CANADA**  
(EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST)

ENTRE :

Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest et A.B.

Demandeurs  
(Intimés)

-et-

Ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation des Territoires du Nord-Ouest

Intimé  
(Appelante)

ENTRE :

Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest,  
A.B., F.A., T.B., E.S. et J.J.

Demandeurs  
(Intimés)

-et-

Ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation des Territoires du Nord-Ouest

Intimé  
(Appelante)

---

**DEMANDE D'AUTORISATION D'APPEL  
ET REQUÊTE POUR PRODUCTION DE NOUVELLE PREUVE DES DEMANDEURS,  
COMMISSION SCOLAIRE FRANCOPHONE DES TERRITOIRES DU NORD-OUEST,  
A.B., F.A., T.B., E.S. et J.J.  
VOLUME I de II**

(en vertu des art 40 et 62(3) de la *Loi sur la Cour suprême*, LRC 1985, c S-26 et  
para 25 et 47 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, DORS/2002-156)

---

**JURISTES POWER**

401, rue Georgia ouest, bureau 1660  
Vancouver (Colombie-Britannique)  
V6B 5A1

**Mark C. Power**  
**Jennifer Klinck**  
**Perri Ravon**  
**Darius Bossé**

**Procureurs des demandeurs,  
Commission scolaire francophone  
des Territoires du Nord-Ouest, A.B., F.A.,  
T.B., E.S. et J.J.**

**JURISTES POWER**

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

**Maxine Vincelette**

Tél & téléc : 613-702-5573  
Courriel : [mvincelette@juristespower.ca](mailto:mvincelette@juristespower.ca)

**Correspondant des demandeurs,  
Commission scolaire francophone  
des Territoires du Nord-Ouest, A.B., F.A.,  
T.B., E.S. et J.J.**

## PARTIE I – SYNTHÈSE ET EXPOSÉ DES FAITS

### A. Survol des questions de droit d'importance pour le public

[1] Deux types de questions d'importance pour le public sont soulevées par la présente cause : (i) les questions de droit relatives à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (« *Charte* ») et au droit administratif que posent l'arrêt de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest, et (ii) les questions liées aux violations des droits linguistiques constitutionnels et quasi-constitutionnels des demandeurs et de leur procureur survenues en Cour d'appel.

#### *i. Questions de droit importantes soulevées par l'arrêt de la Cour d'appel*

[2] Il n'est pas contesté que le gouvernement territorial détient le pouvoir d'accepter ou de refuser d'admettre des enfants dont les parents ne sont pas titulaires de droit de l'article 23 à une école de l'article 23<sup>1</sup>. En l'espèce, la ministre de l'Éducation des Territoires a refusé d'admettre les enfants des parents co-demandeurs (qui ne sont pas des titulaires de droits) à deux écoles de l'article 23 gérées par la co-demanderesse, la Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest (« CSFTNO »). La majorité de la Cour d'appel tranche que la ministre pouvait rendre les décisions d'admission sans considérer, dans son processus décisionnel, le triple objet de l'article 23 ainsi que ses valeurs sous-jacentes.

[3] Cette cause soulève les deux questions d'importance publique suivantes en relation avec l'article 23. Premièrement, l'obligation des décideurs administratifs de considérer les valeurs de la *Charte* s'applique-t-elle différemment pour l'article 23 que pour les autres droits protégés par la *Charte* ? Deuxièmement, un administré doit-il démontrer une atteinte à un droit protégé par la *Charte* avant qu'un décideur administratif ait l'obligation de considérer les valeurs sous-jacentes ou l'objet de ce droit dans sa prise de décision ? Ces questions se situent en amont du cadre d'analyse *Doré/Loyola* sur la raisonnable de décisions administratives qui font intervenir des valeurs protégées par la *Charte*<sup>2</sup>. L'appel proposé ne remet pas en question ce cadre d'analyse.

[4] La présente cause soulève aussi la question de savoir si le fait de détenir un pouvoir discrétionnaire comprend « l'obligation [pour l'administrateur] de décider s'il exercera son pouvoir discrétionnaire ou non »<sup>3</sup>. Sans l'intervention de cette Cour, les décisions administratives

---

<sup>1</sup> *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire 23 c Yukon (PG)*, [2015 CSC 25](#).

<sup>2</sup> *Doré c Barreau du Québec*, [2012 CSC 12](#) [*Doré*] ; *École secondaire Loyola c Québec (PG)*, [2015 CSC 12](#) [*Loyola*].

<sup>3</sup> *AB c Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)*, [2021 TNOCA 8](#) au para 91 [*AB TNOCA*].

discrétionnaires aux Territoires pourront dorénavant être rendues par le biais d'un processus arbitrairement entravé et, qui plus est, lorsque ces décisions ont des conséquences sur le triple objet de l'article 23 ou font intervenir ses valeurs, le décideur n'aura de surcroît aucune obligation de considérer ces conséquences dans sa prise de décision.

ii. *Questions d'importance pour le public relatives aux violations des droits linguistiques des demandeurs et de leur procureur*

[5] Les demandeurs et leur procureur se sont prévalus de leur droit linguistique d'employer le français en première instance et en appel dans tous les dossiers. Le paragraphe 9(1) de la *Loi sur les langues officielles* des Territoires (« *LLO* ») prévoit que « [c]hacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par la Législature et dans les actes de procédure qui en découlent »<sup>4</sup>.

[6] Premièrement, la présente cause pose la question de savoir si le droit « d'employer » le français devant les tribunaux des Territoires inclut celui d'être compris directement, c'est-à-dire sans interprète, à la fois en vertu du paragraphe 9(1) de la *LLO* et en vertu du paragraphe 19(1) de la *Charte*. Les demandeurs font valoir qu'ils avaient le droit d'être entendus par un banc de trois juges capables de comprendre et de parler clairement le français.

[7] Trancher cette question requiert que cette Cour revisite l'interprétation restrictive qu'elle a donné il y a maintenant 35 ans dans *Société des Acadiens* au droit « d'employer » le français dans les affaires judiciaires<sup>5</sup>. Comme l'a confirmé cette Cour en 2020 dans *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, cette interprétation restrictive des droits linguistiques fondée sur le compromis politique n'a plus lieu d'être depuis au moins 22 ans (*R c Beaulac*)<sup>6</sup>.

[8] Dans la mesure où cette Cour serait d'avis que l'absence de trois juges bilingues à la Cour d'appel des Territoires n'est pas une violation du droit prévu au paragraphe 9(1) de la *LLO*, la question de l'applicabilité du paragraphe 19(1) de la *Charte* aux tribunaux des Territoires se pose. Est une question de droit nouvelle et d'importance celle de décider si les tribunaux des Territoires sont « établis par le Parlement » au sens du paragraphe 19(1) de la *Charte*. Le cas échéant, une analyse de la constitutionnalité du paragraphe 9(1) de la *LLO* s'impose.

[9] Deuxièmement, les demandeurs soulèvent que peu importe si le paragraphe 9(1) de la *LLO*

---

<sup>4</sup> *Loi sur les langues officielles*, [LRTN-O 1988, c O-1](#).

<sup>5</sup> *Société des Acadiens c Association of Parents*, [\[1986\] 1 RCS 549](#) [*Société des Acadiens*].

<sup>6</sup> *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, [2020 CSC 13](#) [*CSFCB*] ; *R c Beaulac*, [\[1999\] 1 RCS 768](#) [*Beaulac*].

confère le droit d'être compris directement, cette Cour se doit d'intervenir pour remédier au fait que les demandeurs et leur procureur n'ont pas pu « employer » le français dans ce dossier de droits linguistiques. De multiples décisions administratives, procédurales et de gestion ont eu pour effet de placer systématiquement les demandeurs dans une position désavantagée par rapport à l'intimé en appel. Le point culminant de ce désavantage fut la qualité nettement insuffisante du service d'interprétation simultanée fourni par la Cour d'appel lors de l'audience. L'interprétation doit être d'une qualité suffisante pour assurer que les plaidoiries en français soient comprises afin que justice soit rendue et paraisse avoir été rendue. La sévérité de ces lacunes dans le cadre d'un appel portant sur des droits linguistiques soulève en soi une question d'importance pour le public méritant l'intervention de cette Cour.

### **B. Exposé des faits**

[10] En **2016**, le gouvernement des Territoires adopte une *Directive* qui prévoit trois catégories de parents non-titulaires de droits de l'article 23 dont les enfants sont admissibles aux deux écoles de langue française des Territoires : les écoles de Yellowknife et de Hay River, gérées par la CSFTNO<sup>7</sup>. Comme la Cour d'appel le reconnaît, la raison d'être de la *Directive* est liée à l'article 23 de la *Charte*<sup>8</sup>. Parmi d'autres objectifs, la *Directive* « vise à soutenir la croissance de la population d'ayants droit francophones aux TNO en permettant à un nombre restreint d'enfants de parents non ayants droit de fréquenter une école francophone ténnoise »<sup>9</sup>.

[11] En **2017**, la ministre de l'Éducation de l'époque exerce son pouvoir discrétionnaire résiduel pour admettre une enfant qui ne se qualifie pas dans les catégories prévues à la *Directive*.

[12] En **2018**, la ministre refuse la demande d'admission de l'enfant W qui ne se qualifie pas dans les catégories prévues à la *Directive*. Ses parents et la CSFTNO demandent à la ministre de reconsidérer l'admission de W sous son pouvoir discrétionnaire résiduel. La ministre refuse de nouveau pour la raison qu'il n'entre dans aucune catégorie de la *Directive*.

[13] Le **2 juillet 2019**, le juge Rouleau tranche la demande de révision judiciaire de ce refus présentée par la CSFTNO et le parent AB (parent de l'enfant W)<sup>10</sup>. Le jugement établit que

---

<sup>7</sup> Territoires du Nord-Ouest, Ministère de l'Éducation, Culture et Formation, [Directive ministérielle sur l'inscription des élèves aux programmes d'enseignement en français langue première](#) (Directive), 11 août 2016.

<sup>8</sup> *AB TNOCA* au para 9.

<sup>9</sup> *AB TNOCA* au para 9.

<sup>10</sup> *AB c Ministre de l'Éducation*, [2019 TNOCS 25.cor1](#) [*AB TNOCS*].

l'admission à une école de l'article 23 est une décision qui a un effet sur le triple objet protégé par l'article 23, notamment son objet réparateur, et que la ministre devait considérer ce triple objet dans sa prise de décision. Le jugement ne décide pas de l'admission de W. Il renvoie la décision de l'admission de W à la ministre pour qu'elle la reconsidère. Le gouvernement porte en appel ce jugement.

[14] Le **30 août 2019**, la ministre rend ses décisions. Cinq lettres fondées sur le même raisonnement et les mêmes arguments refusent toutes les demandes d'admission réexaminées. Le cœur de la logique de la ministre est que d'accepter des demandes d'admission hors des catégories prévues à la *Directive* créerait des précédents susceptibles de générer une cascade de coûts hors du budget du gouvernement. La CSFTNO et les parents portent en révision judiciaire cette série de refus, avançant que la ministre a entravé son pouvoir discrétionnaire en adoptant une politique de refus systématique hors des catégories de la *Directive* sans considérer au cas par cas les demandes en tenant compte du triple objet de l'article 23.

[15] Le **3 août 2020**, le juge Rouleau tranche la demande de révision judiciaire. Il juge les refus de la ministre déraisonnables, notamment parce qu'elle a entravé sa discrétion et que, contrairement à ses prétentions, elle n'a pas réellement considéré l'objet de l'article 23<sup>11</sup>. Le jugement renvoie toutes les demandes à la ministre pour qu'elle les analyse de nouveau. Encore une fois, il refuse de décider du sort des enfants sur la base qu'il n'est pas certain qu'un véritable exercice discrétionnaire tenant compte des circonstances d'espèce et de l'objet de l'article 23 mène forcément à un refus ou à une admission. Ce deuxième jugement a aussi été porté en appel par le ministre.

[16] Le **1<sup>er</sup> septembre 2021**, la Cour rend son arrêt. Quant à l'appel du premier jugement, les juges Slatter et Crighton tranchent que la ministre n'avait pas à considérer l'article 23 pour prendre ses décisions. La majorité écrit que l'article 23 est différent des autres articles de la *Charte* et son triple objet n'a pas à être considéré dans l'exercice d'une discrétion relative à l'admission d'un enfant à une école de l'article 23. Selon la majorité, considérer l'article 23 aurait pour effet d'« étendre des droits constitutionnels à des personnes qui n'en sont pas titulaires »<sup>12</sup>. La juge Rowbotham est dissidente sur ce point et affirme que la ministre devait « exercer son

---

<sup>11</sup> *CSF, AB, FA, TB, JJ et ES c Ministre de l'Éducation*, [2020 TNOCS 28](#).

<sup>12</sup> *AB TNOCA* au para 57.

pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'objet de l'article 23 »<sup>13</sup>. Elle aurait confirmé le premier jugement de 2019.

[17] Quant à l'appel portant sur le second jugement de 2020, la majorité de la Cour d'appel accueille l'appel au motif que les décisions de la ministre n'étaient pas déraisonnables. La minorité est d'accord puisqu'elle estime que la ministre a suffisamment considéré l'objet de l'article 23 dans sa deuxième vague de décisions pour mériter déférence.

[18] Les faits qui suivent s'appuient sur la preuve dont les demandeurs demandent la production dans le cadre d'une requête pour production de preuve nouvelle jointe à la présente demande.

[19] Le **27 novembre 2019**, lors de la gestion de l'appel du premier jugement, la juge Charbonneau demande aux procureurs des parties de partager leurs disponibilités dans le but de prévoir un panel de juge bilingue le plus tôt possible pour l'audience du premier appel<sup>14</sup>.

[20] Le **24 janvier 2020**, la juge Rowbotham écrit aux parties que la Cour d'appel n'a « pas trois juges bilingues », et que cela entraîne les conséquences suivantes pour le dossier : la nécessité que « tous les documents (y compris la preuve et les mémoires) soient traduits » ; la nécessité d'« engager un interprète à l'audience » ; et un délai pour que la cause soit entendue<sup>15</sup>.

[21] Le **9 mars 2020**, le procureur des demandeurs envoie une lettre à la Cour, qui restera sans réponse, pour exprimer ses inquiétudes eu égard à l'absence de trois juges bilingues pour entendre la cause<sup>16</sup>.

[22] Le **9 septembre 2020**, la Cour accorde la requête sur consentement pour reporter l'appel du premier jugement pour que les deux appels soient entendus de façon consécutive<sup>17</sup>.

[23] Le **19 mai 2021**, la présidente de la formation de la Cour d'appel écrit aux parties que les deux appels « doivent être traités comme un seul » et réduit la durée des audiences prévues initialement pour le 31 mai et le 1<sup>er</sup> juin à deux heures, le matin du 31 mai 2021, c'est-à-dire une heure pour chaque plaidoirie<sup>18</sup>.

[24] Le **21 mai 2021** a eu lieu une session préparatoire où le procureur des demandeurs a eu

---

<sup>13</sup> *AB TNOCA* au para 147.

<sup>14</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 10, pièce 2, onglet 5B.

<sup>15</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 11, pièce 3, onglet 5B.

<sup>16</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 13, pièce 5, onglet 5B.

<sup>17</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 15-16, pièces 7 et 8, onglet 5B.

<sup>18</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 21, pièce 12, onglet 5B.

confirmation que le service d'interprétation était essentiel pour qu'il soit compris par les membres de la formation<sup>19</sup>.

[25] Le **31 mai 2021** a eu lieu l'audience virtuelle en Cour d'appel. Le procureur du ministre a plaidé en anglais et le procureur des demandeurs a plaidé en français. Le service d'interprétation du français vers l'anglais était de qualité nettement insuffisante pour permettre de comprendre la plaidoirie du procureur des demandeurs<sup>20</sup>.

[26] Le **27 septembre 2021**, le procureur des demandeurs demande à la Cour d'appel les transcriptions de l'audience du 31 mai 2021 ainsi que de l'interprétation simultanée<sup>21</sup>.

[27] Le **15 octobre 2021**, le greffe de la Cour d'appel répond à cette demande en écrivant que « [l]'enregistrement audio de l'interprète est de très mauvaise qualité, et nous sommes informés qu'une transcription ne peut pas être préparée »<sup>22</sup>. Le greffe ajoute que : « la Cour ne divulgue pas des copies des enregistrements audio ou visuels des audiences »<sup>23</sup>.

[28] Le **21 octobre 2021**, la juge Rowbotham écrit au procureur des demandeurs afin d'expliquer qu'« [i]l y avait trois juges de la Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest qui maîtrisaient suffisamment le français pour entendre les appels sans traduction », mais qu'« il n'y avait pas trois membres de la Cour disponibles pour entendre ces appels sans traduction »<sup>24</sup>.

[29] Le **22 octobre 2021**, le procureur des demandeurs demande d'obtenir cet enregistrement considérant les circonstances exceptionnelles d'espèce<sup>25</sup>.

[30] Le **25 octobre 2021**, « la Cour reconferme que [l'enregistrement audio de l'interprète de l'audience du 31 mai 2021] ne peut d'aucune façon être divulgué »<sup>26</sup>.

[31] Quelques jours avant le dépôt de la présente demande d'autorisation d'appel, le 20 octobre 2021, le ministre écrit aux parents demandeurs et leur annonce qu'il autorise l'admission inconditionnelle de leur(s) enfant(s) aux écoles de la minorité linguistique<sup>27</sup>. Leur admission ne

---

<sup>19</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 19, 22-30, pièce 11, onglet 5B.

<sup>20</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 37-44, onglet 5B ; Affidavit de J. Vani, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 12-19, onglet 5C.

<sup>21</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 45, pièce 15, onglet 5B.

<sup>22</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 47, pièce 17, onglet 5B.

<sup>23</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 47, pièce 17, onglet 5B.

<sup>24</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021, pièce 18, onglet 5B.

<sup>25</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 49, pièce 19, onglet 5B.

<sup>26</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 51, pièce 21, onglet 5B.

<sup>27</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 au para 54, pièce 23, onglet 5B.

rend pas l'appel théorique puisque les questions de droit d'importance qu'a tranché la Cour d'appel vont bien au-delà des enfants dont l'admission a été refusée, et même au-delà de la question de l'admission d'enfants de parents non-titulaires de droit en vertu de l'article 23. Le gouvernement n'aurait plus à considérer le triple objet et les valeurs protégés à l'article 23 lorsqu'il rend une décision qui affecte ces valeurs et objets, sans porter atteinte à l'article 23. La CSFTNO est l'organisme le mieux à même de représenter les intérêts des titulaires de droit de l'article 23, qui plus est dans leur caractère collectif<sup>28</sup>. Comme le reconnaît cette Cour dans *Loyola*, « les individus peuvent parfois avoir besoin d'une personne morale pour donner effet aux aspects collectifs, protégés par la Constitution »<sup>29</sup>. L'arrêt de la Cour d'appel ampute la CSFTNO d'une partie importante de son pouvoir de négociation avec le gouvernement à titre de représentant des titulaires de droits de l'article 23 et de la communauté d'expression française en situation minoritaire. L'intérêt de la CSFTNO à ce que l'arrêt de la Cour d'appel soit renversé n'a rien de théorique.

## PARTIE II – QUESTIONS EN LITIGE

[32] La présente cause soulève les questions de droit d'importance pour le public suivantes :

- (a) Est-ce que l'article 23 est fondamentalement différent des autres droits de la *Charte* en ce que les décideurs administratifs n'ont pas à considérer les valeurs sous-jacentes à ce droit ou son triple objet dans l'exercice de leur discrétion ?
- (b) Un administré doit-il démontrer une atteinte à un droit protégé par la *Charte* pour qu'un décideur administratif ait l'obligation de considérer les valeurs sous-jacentes ou l'objet de ce droit dans sa prise de décision ?
- (c) Le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire a-t-il l'obligation de décider d'exercer le pouvoir discrétionnaire ou non ?
- (d) Le droit « d'employer » le français devant les tribunaux des Territoires inclut-il celui d'être compris directement, c'est-à-dire sans interprète, en vertu du paragraphe 9(1) de la *LLO* ?

---

<sup>28</sup> *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)*, [2011 BCSC 1219](#). Cette conclusion n'était pas contestée en appel : *Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique v British Columbia (AG)*, [2012 BCCA 422](#) aux para 13-14. Voir aussi Jennifer Klinck, Madelaine Mackenzie et Christopher Rusko, « Distinctively Canadian: Litigating the Constitutional Rights of Canada's Protected Linguistic, Denominational and Indigenous Communities », dans Todd L Archibald (dir), *Annual Review of Civil Litigation 2020*, Toronto, Thomson Reuters, 2020, aux pp 83-88.

<sup>29</sup> *Loyola* au para 33.



- (e) Subsidiatement, les questions constitutionnelles suivantes se posent : la protection conférée par le paragraphe 19(1) de la *Charte* s'applique-t-elle aux Territoires ? Le cas échéant, le paragraphe 9(1) de la *LLO* est-il incompatible et inopérant ?
- (f) Même si le paragraphe 9(1) de la *LLO* ne confère pas un droit d'être compris directement, cette Cour doit-elle intervenir pour remédier à l'injustice subie par les demandeurs et leur procureur, qui n'ont pas pu « employer » le français dans un dossier impliquant des droits linguistiques ?

### PARTIE III – EXPOSÉ DES ARGUMENTS

#### A. Est-ce que l'article 23 est fondamentalement différent des autres droits de la *Charte* en ce que les décideurs administratifs n'ont pas à considérer les valeurs sous-jacentes à ce droit ou son triple objet dans l'exercice de leur discrétion ?

[33] Le *ratio decidendi* de la majorité de la Cour d'appel ne se limite pas aux décisions relatives à l'admission d'enfants à des écoles de l'article 23. La Cour écrit que les raisons pour lesquelles le triple objet de l'article 23 n'a pas à être considéré sont fondées dans l'essence même de l'article 23 qui serait « différent » des autres droits de la *Charte*.

[34] La Cour d'appel reconnaît que les décideurs administratifs doivent « toujours » tenir compte des valeurs fondamentales de la société lorsqu'ils prennent leurs décisions<sup>30</sup>. Or, la Cour d'appel tranche que cette règle n'est pas applicable à l'article 23 puisqu'il se distinguerait fondamentalement des autres droits de la *Charte* :

Que les décideurs publics doivent toujours tenir compte des valeurs fondamentales de la société, telles que la liberté, la dignité et l'égalité, est un truisme. **Toutefois, les appels dont nous sommes saisis portent sur les dispositions très clairement définies de l'article 23. Contrairement à presque la totalité des autres dispositions de la *Charte*, l'article 23 n'énonce pas des droits universels qui sont définis de manière générale. Cette disposition a été soigneusement conçue pour accorder un ensemble de droits étroitement circonscrit à une sous-population définie du Canada<sup>31</sup>.**

[35] La Cour d'appel écrit que le juge de première instance a erré en concluant qu'il était même « possible d'annuler des décisions provinciales ou territoriales au motif qu'elles ne sont pas conformes [aux] objets » de l'article 23<sup>32</sup>. Il est indéniablement « possible » d'annuler des décisions administratives qui considèrent insuffisamment les droits de la *Charte* ou les valeurs fondamentales sous-jacentes :

[...] même si, en général, il sera accordé un grand respect aux décisions discrétionnaires, il

<sup>30</sup> *AB TNOCA* au para 57.

<sup>31</sup> *AB TNOCA* au para 57 (soulignements et emphase ajoutés).

<sup>32</sup> *AB TNOCA* au para 64 (soulignements ajoutés).

faut que le pouvoir discrétionnaire soit exercé conformément aux limites imposées dans la loi, aux principes de la primauté du droit, aux principes du droit administratif, aux valeurs fondamentales de la société canadienne, et aux principes de la Charte<sup>33</sup>.

[36] La Cour crée une distinction entre, d'une part, les droits « universels qui sont définis de manière générale » à la *Charte* qui rendent « possible » l'annulation de décisions administratives qui en font fi et, d'autre part, les droits linguistiques protégés à l'article 23 de la *Charte*. Cette approche repose sur la prémisse erronée et dommageable pour les communautés linguistiques que les droits linguistiques sont moins essentiels, moins universels et confèrent une protection moindre à leurs titulaires que celle conférée par les autres droits de la *Charte*.

[37] Cette prémisse a été rejetée à maintes reprises par la Cour suprême du Canada depuis *Beaulac*. La majorité de la Cour suprême répète que « l'existence d'un compromis politique n'a aucune incidence sur l'étendue des droits linguistiques » puisque plusieurs autres droits de la *Charte* résultent aussi de compromis politique<sup>34</sup>. Le juge Bastarache écrit que « l'histoire constitutionnelle du Canada ne fournit aucune raison de penser qu'un tel compromis politique exige une interprétation restrictive des garanties constitutionnelles »<sup>35</sup>. La Cour suprême l'a répété plus récemment dans *CSFCB* : « Si notre Cour a déjà effectué une distinction entre les droits linguistiques issus d'un compromis politique et les autres droits garantis par la *Charte*, cette époque est révolue »<sup>36</sup>.

[38] L'intervention de cette Cour est nécessaire pour clarifier que si l'article 23 lui-même ne doit plus être interprété de manière restrictive, cette interprétation restrictive ne doit pas pouvoir resurgir et perdurer dorénavant en droit administratif.

[39] Dissidente sur ce point, la juge Rowbotham affirme que la ministre devait « exercer son pouvoir discrétionnaire en tenant compte de l'objet de l'article 23 »<sup>37</sup>. Elle aurait confirmé le jugement du juge Rouleau de 2019 et endosse expressément son passage suivant :

Je conclus donc que, dans l'exercice de son autorité d'admettre des enfants de parents non-ayants droit dans les écoles francophones des TNO, la ministre doit atteindre un équilibre entre son pouvoir discrétionnaire et l'objectif large de l'art. 23. Elle doit tenir compte des droits protégés par la Charte, y compris les besoins de la minorité linguistique et le besoin de favoriser le maintien et l'épanouissement de cette communauté, dans l'exercice de son

---

<sup>33</sup> *Baker c Canada (Citoyenneté Immigration)*, [1999] 2 RCS 817 au para 56 (soulignements ajoutés).

<sup>34</sup> *Beaulac* au para 24.

<sup>35</sup> *Beaulac* au para 24.

<sup>36</sup> *CSFCB* au para 18.

<sup>37</sup> *AB TNOCA* au para 147.

autorité concernant l'admission de non-ayants droit aux écoles de la minorité. Dans l'exercice de sa discrétion, la ministre doit considérer non seulement les intérêts des TNO, y compris le coût de l'éducation en français langue première, et le meilleur intérêt de l'enfant, mais aussi les objectifs de l'art. 23 et les droits qu'il confère à la minorité linguistique<sup>38</sup>.

[40] La majorité de la Cour d'appel prétend se conformer aux enseignements de l'arrêt *CSFCB*. Elle reconnaît qu'il « faut tenir compte des objets plus généraux de l'article 23 » pour interpréter l'article 23, incluant, par exemple, « lorsqu'il y a lieu de trancher la question de savoir si « le nombre [...] le justifie », comme c'était le cas dans *CSFCB*<sup>39</sup>. Or, la Cour d'appel distingue les cas de violation de l'article 23 des cas où une décision administrative affecte les valeurs sous-jacentes à l'article 23 ainsi que son triple objet.

[41] En l'absence d'intervention de cette Cour, l'arrêt de la majorité de la Cour réinstaurera l'interprétation restrictive de l'article 23 par la porte arrière en rendant inapplicable l'interprétation téléologique préconisée par cette Cour dans *CSFCB* en droit administratif.

**B. Un administré doit-il démontrer une atteinte à un droit protégé par la *Charte* pour qu'un décideur administratif ait l'obligation de considérer les valeurs sous-jacentes ou l'objet de ce droit dans sa prise de décision ?**

[42] La Cour d'appel écrit que l'arrêt *Doré* ne s'applique pas « parce que l'analyse que l'on trouve dans *Doré* n'intervient que lorsqu'il y a atteinte à un droit garanti » et qu'en l'espèce, il n'y a aucune atteinte<sup>40</sup>.

[43] L'arrêt de la Cour d'appel n'est pas isolé à exiger une atteinte d'un droit de la *Charte* avant de conclure qu'un décideur administratif avait une obligation de considérer les valeurs de la *Charte*. La jurisprudence est contradictoire à ce sujet et l'incertitude justifie l'intervention de cette Cour. Certains tribunaux imposent aux requérants en révision judiciaire le fardeau de démontrer une atteinte aux de droits de la *Charte* avant d'imposer au décideur administratif l'obligation de considérer les valeurs de la *Charte* en jeu.

[44] Dans l'affaire *Pacific Centre for Reproductive Medicine*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que l'absence de preuve d'une atteinte au droit protégé par l'article 7 de la *Charte* faisait en sorte que l'appelant avait échoué à démontrer que la *Charte* était mise en cause (« *engaged* »), et, ce faisant, que la commission des services médicaux n'avait pas l'obligation de considérer les valeurs de la *Charte* avant de refuser l'accréditation du centre à effectuer des

<sup>38</sup> *AB TNOCS* au para 65 (soulignements ajoutés).

<sup>39</sup> *AB TNOCA* au para 57.

<sup>40</sup> *AB TNOCA* au para 65 (soulignements ajoutés).

diagnostiques de nature médicale<sup>41</sup>. La Cour d'appel fédérale est arrivée à une conclusion similaire dans l'affaire *Bradford*<sup>42</sup>. Considérant que le requérant n'a pas prouvé la sincérité de ses croyances religieuses devant le Conseil canadien des relations industrielles, la Cour d'appel fédérale conclut que ce dernier n'avait pas à considérer les valeurs de la *Charte* et que l'arrêt *Doré* ne trouvait donc pas application<sup>43</sup>.

[45] Cette hésitation à imposer aux décideurs administratifs l'obligation de considérer les valeurs de la *Charte* ressort davantage de l'arrêt *Gehl v Canada* de la Cour d'appel de l'Ontario<sup>44</sup>. Dans cette affaire, les juges Lauwers et Miller rejettent le raisonnement du juge Sharpe qui aurait annulé la décision du registraire sur la base qu'elle n'avait pas suffisamment considéré les valeurs d'égalité protégées par la *Charte*<sup>45</sup>. La majorité refuse de recourir aux valeurs de la *Charte*, insistant notamment que : « [...] where a case can be resolved without reference to Charter values, prudence suggests they should not be invoked. In our view, a Charter values analysis would unnecessarily inject subjectivity and uncertainty into the legal analysis »<sup>46</sup>.

[46] Cette jurisprudence qui exige la démonstration d'une atteinte aux droits de la *Charte* pour rendre les décideurs administratifs imputables de considérer les valeurs de la société canadienne et pour justifier une révision judiciaire de la constitutionnalité de leurs décisions s'éloigne substantiellement des enseignements de cette Cour. Dans *Doré*, la Cour écrit que la révision judiciaire des décisions de l'administration publique n'implique pas de « se rabattre sur l'analyse requise par l'article premier telle qu'elle a été établie dans *Oakes* pour protéger les valeurs consacrées par la *Charte* »<sup>47</sup>. Il n'est donc pas question d'attendre qu'une décision administrative porte atteinte à un droit de la *Charte* pour ensuite imposer le fardeau à l'administré d'en demander la révision judiciaire pour qu'une Cour procède à l'analyse du bien-fondé de la justification de la violation sous l'article premier. Cette Cour écrit plutôt que l'exécutif doit toujours considérer les valeurs de la société canadienne dans ses décisions même si celles-ci ne portent pas atteinte à un droit protégé par la *Charte* :

---

<sup>41</sup> *Pacific Centre for Reproductive Medicine v Medical Services Commission*, [2019 BCCA 315](#) au para 91.

<sup>42</sup> *Bradford c TCA-Canada*, [2015 CAF 84](#) [*Bradford*].

<sup>43</sup> *Bradford* au para 49.

<sup>44</sup> *Gehl v Canada (AG)*, [2017 ONCA 319](#).

<sup>45</sup> *Gehl v Canada (AG)*, [2017 ONCA 319](#) au para 53.

<sup>46</sup> *Gehl v Canada (AG)*, [2017 ONCA 319](#) au para 76.

<sup>47</sup> *Doré* au para 35.

Cette approche [...] suppose plutôt que les décisions administratives prennent toujours en considération les valeurs fondamentales. La *Charte* n'agit alors que comme [traduction] « un rappel que certaines valeurs sont manifestement fondamentales et [. . .] ne peuvent être violées à la légère » (Cartier, p. 86). L'approche du droit administratif reconnaît, en outre, la légitimité que la Cour a donnée à la prise de décisions administratives dans des arrêts tels *Dunsmuir* et *Conway*. Ces derniers soulignent que les organismes administratifs ont le pouvoir, et même le devoir, de tenir compte des valeurs consacrées par la Charte dans leur domaine d'expertise<sup>48</sup>.

[47] Dans *Trinity Western*, cette Cour est claire qu'il existe une « question préliminaire » en révision judiciaire pour déterminer l'applicabilité des enseignements de l'arrêt *Doré*. Il s'agit de celle de savoir « si la décision administrative fait intervenir la Charte en restreignant les protections que confère cette dernière — qu'il s'agisse de droits ou de valeurs »<sup>49</sup>. Les expressions utilisées par la Cour suprême relatives à cette première étape sont celles de savoir si la décision « fait intervenir » les valeurs et protections de la *Charte*, les « m[et] en cause » ou les « m[et] en jeu »<sup>50</sup>. On ne parle ni de violation ni de preuve de violation.

[48] Les auteurs Evan Fox-Decent et Alexander Pless écrivent que la Cour suprême pourrait aborder la problématique soulevée par les juges Lauwers et Miller dans l'arrêt *Gehl* en clarifiant que les valeurs de la *Charte* ne remplacent pas les droits eux-mêmes :

It seems we can have the best of both worlds. The Supreme Court could help by making clear that *Charter* values do not replace *Charter* rights. They are distinct. *Charter* values arguably include ideals such as equality, liberty, and respect for minorities and the vulnerable. They tend to be general and fundamental principles that can help explain and interpret both statutory provisions and *Charter* rights. [...] Where *Charter* rights are plainly at stake, however, courts have a duty to address them as such and explicitly<sup>51</sup>.

[49] Les motifs de la majorité de la Cour d'appel des Territoires eux-mêmes illustrent cette contradiction jurisprudentielle. La majorité écrit que « les décideurs publics doivent toujours tenir

---

<sup>48</sup> *Doré* au para 35 (soulignements ajoutés). Voir aussi : *Law Society of British Columbia c Trinity Western University*, [2018 CSC 32](#) au para 46 [*Trinity Western*].

<sup>49</sup> *Trinity Western* au para 58. Si c'est le cas, la deuxième étape de l'analyse de la raisonnable d'une décision administrative est la question de savoir si « la décision est le fruit d'une mise en balance proportionnée des droits en cause protégés par la *Charte* » : *Ibid.*

<sup>50</sup> *Trinity Western* aux para 79 (« fait intervenir » / « engages ») et 59 (« mises en cause » / « implicated ») ; *Doré* aux para 24 (« mettant en cause » / « implicating ») et 42 (« mettaient en jeu » / « engaged »).

<sup>51</sup> Even Fox Decent et Alexander Pless, « The Charter and Administrative Law Part II: Substantive Review » dans Colleen Flood et Lorne Sossin (dirs), *Administrative Law in Context*, 3<sup>e</sup> éd, Toronto, Emond Montgomery Publications, 2018 à la p 517.

compte des valeurs fondamentales de la société, telles que la liberté, la dignité et l'égalité », et non pas dans les seuls cas où il y a violation<sup>52</sup>. Or, elle conclut que la ministre n'avait pas besoin de considérer le triple objet de l'article 23 dans sa prise de décision en l'absence de toute violation à un des droits de 23<sup>53</sup>. La protection des communautés minoritaire est qualifiée par la majorité d'« objet secondaire » de l'article 23<sup>54</sup> et, en l'absence d'atteinte à l'article 23, nul besoin de considérer les valeurs sous-jacentes à ce droit ou encore son triple objet.

[50] Le caractère incongru d'exiger que les décideurs administratifs considèrent les valeurs sous-jacentes et les objets des droits de la *Charte* seulement lorsque leur décision porte atteinte à un droit protégé est particulièrement exacerbé dans les circonstances d'espèce. La *Directive* sur l'admission des non titulaires de droit aux écoles de la minorité a expressément pour but de « soutenir la croissance de la population d'ayants droit francophones » aux Territoires en reconnaissance qu'un « aspect fondamental du processus de revitalisation consiste à soutenir l'accroissement démographique des groupes concernés »<sup>55</sup>. Comme le reconnaît la majorité de la Cour d'appel : « l'existence même de la *Directive* et le libellé exprès de ses objets et de sa raison d'être démontrent que le régime d'admission d'élèves qui n'étaient pas des ayants droit aux termes de l'article 23 visait en partie [l]es objets » de l'article 23<sup>56</sup>. La *Directive* du ministère reconnaît le lien intrinsèque entre le triple objet de l'article 23 et l'admission de non-titulaires de droits dans les circonstances historiques et culturelles propres aux Territoires.

[51] Selon la majorité, tenir compte des valeurs sous-jacentes à l'article 23 ou de son triple objet en l'absence d'atteinte aurait pour effet d'« étendre les droits garantis par l'article 23 aux personnes qui, on le reconnaît, ne sont pas des ayants droit »<sup>57</sup>. Selon la Cour d'appel, « le juge en cabinet a essentiellement établi, un modèle d'admission aux écoles de “libre choix” »<sup>58</sup>. La logique de la Cour d'appel repose sur la prémisse erronée que, forcément, tenir compte de l'article 23 mène à autoriser l'admission et, donc, cela confère un « droit » à l'admission à des non-titulaires de droits et « invalide » le pouvoir de la ministre :

Selon le critère proposé, il serait pratiquement impossible pour la ministre de refuser

---

<sup>52</sup> *AB TNOCA* au para 57.

<sup>53</sup> *AB TNOCA* au para 57.

<sup>54</sup> *AB TNOCA* au para 57.

<sup>55</sup> *AB TNOCA* au para 9.

<sup>56</sup> *AB TNOCA* au para 73.

<sup>57</sup> *AB TNOCA* au para 57 ; voir aussi aux para 57, 61-62, 64, 69-70.

<sup>58</sup> *AB TNOCA* au para 98 ; voir aussi aux para 76, 112, 116-17, 122-23, 133.

l'admission, [...] puisque l'admission serait dans l'intérêt plus large de la communauté francophone minoritaire et de la Commission scolaire francophone [...] ce qui crée essentiellement un système de « libre choix » et invalide le pouvoir discrétionnaire de la ministre sur l'admission [...]<sup>59</sup>.

[52] Contrairement au droit de parents titulaires de droits de l'article 23 qui est déterminant quant à l'admission de leurs enfants, la considération des valeurs sous-jacentes à l'article 23 dans le cadre de décisions relatives aux admissions pour les enfants de non-titulaires de droits est simplement un facteur dans l'analyse ; bien qu'important, il n'est pas nécessairement déterminant. Dans certains cas, l'article 23 milite en faveur de l'admission, et dans d'autres cas, il milite en faveur du refus de l'admission. Notamment, dans des cas particuliers, considérer l'objet de l'article 23 peut signifier chercher à éviter que les écoles de la minorité linguistique « deviennent elles-mêmes des centres d'assimilation si les membres de la majorité linguistique submergeaient les élèves de la minorité linguistique »<sup>60</sup>. La CSFTNO s'oppose à toute politique de « libre accès » (ou « libre-choix » comme écrit la Cour d'appel) pour les élèves de la majorité linguistique. Jamais n'a-t-elle plaidé en faveur d'un tel régime.

[53] Sans l'intervention de cette Cour, l'arrêt de la Cour d'appel signifie que dorénavant le gouvernement des Territoires peut prendre des décisions avec des conséquences importantes sur la communauté d'expression française en situation minoritaire sans avoir à tenir compte de ces conséquences tant que cela ne porte pas atteinte à l'article 23.

### **C. Le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire a-t-il l'obligation de décider d'exercer le pouvoir discrétionnaire ou non?**

[54] Il n'est pas contesté que « [l]es décisions de la ministre [...] relevaient de son pouvoir discrétionnaire »<sup>61</sup>. La majorité de la Cour d'appel tranche que le détenteur d'un pouvoir discrétionnaire peut, face à plusieurs demandes similaires dont il s'est engagé à analyser le bien-fondé en vertu de son pouvoir discrétionnaire, procéder seulement dans certains cas à l'exercice approprié d'analyse pour atteindre sa conclusion. Dans d'autres cas, le détenteur du pouvoir peut légalement refuser de procéder à cet exercice et cela ne serait ni arbitraire, ni une entrave. La Cour d'appel tranche que la ministre pouvait, à sa guise, soit exercer son pouvoir discrétionnaire et évaluer les circonstances d'espèce pour se rendre à sa conclusion dans les normes de la raisonnable, soit refuser de procéder à l'exercice discrétionnaire.

<sup>59</sup> *AB TNOCA* au para 134.

<sup>60</sup> *Gosselin (Tuteur de) c Québec (PG)*, [2005 CSC 15](#) au para 31.

<sup>61</sup> *AB TNOCA* au para 40.

[55] Cette question ne porte pas sur la raisonnable de l'issue des demandes (refus ou autorisation d'admission). Cette question porte sur la liberté de l'administration publique et de l'exécutif face aux exigences de la primauté du droit. La Cour d'appel dénature le concept de « pouvoir discrétionnaire » en ce qu'il peut être entravé ou son détenteur peut arbitrairement refuser de l'exercer sans que cela soit susceptible de révision judiciaire. Sans l'intervention de cette Cour, cette approche est susceptible de soustraire à la révision judiciaire une partie importante des décisions administratives.

[56] Afin d'éviter l'application de la doctrine contre l'entrave de droit administratif, la majorité de la Cour d'appel introduit une norme inédite en droit administratif : un pouvoir discrétionnaire non accompagné d'une obligation de considérer son exercice. Elle explique l'impossibilité d'avoir recours à la doctrine contre l'entrave par l'absence d'« obligation juridiquement contraignante d'exercer son pouvoir discrétionnaire dans un cas quelconque »<sup>62</sup>. La Cour ne réfère pas ici à l'absence d'une obligation d'exercer la discrétion d'une façon ou d'une autre, mais bien à l'absence d'une obligation de même considérer d'exercer sa discrétion. Selon elle, il ne peut pas y avoir d'entrave quand un décideur n'a pas « l'obligation de décider s'il exercera son pouvoir discrétionnaire ou non »<sup>63</sup>.

[57] En l'absence d'intervention de cette Cour, l'arrêt de la majorité de la Cour d'appel pourrait faire jurisprudence sur cette question et miner de façon important la doctrine de l'entrave en droit administratif. La règle contre l'entrave repose sur le principe peu abordé dans la jurisprudence, mais fondamental en droit administratif que lorsqu'un décideur administratif détient un pouvoir discrétionnaire, il doit l'exercer<sup>64</sup>. Les auteurs Issaly et Lemieux écrivent :

Le titulaire d'un pouvoir discrétionnaire ne peut, de manière générale, refuser d'exercer ce pouvoir. Agir ainsi reviendrait à violer la loi. En effet, celle-ci prévoit au contraire que ce pouvoir peut être exercé, selon les conditions qu'elle détermine.

Ainsi, bien que l'autorité puisse faire emploi du pouvoir discrétionnaire dont elle jouit sans être contrainte à rendre une décision particulière, elle ne possède pas de discrétion pour

---

<sup>62</sup> *AB TNOCA* au para 91.

<sup>63</sup> *AB TNOCA* au para 91.

<sup>64</sup> Paul Daly, « Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines » (2020) Université d'Ottawa – Faculté de Common Law Document de travail à la p 9 ; Colleen Flood et Lorne Sossin, *Administrative Law in Context*, Toronto, Emond Montgomery, 2008 à la p 279 ; *Waverley (Village) v Nova Scotia (Minister of Municipal Affairs)*, [1994] NSJ No 84 aux para 20-21 ; *Normtek Radiation Services Ltd v Alberta Environmental Appeal Board*, 2020 ABCA 456 au para 144.



refuser d'exercer sa compétence<sup>65</sup>.

[58] Les conséquences de l'affirmation de droit de la Cour d'appel sont importantes. La Cour d'appel crée, à tout le moins pour certains types de pouvoirs discrétionnaires, un pouvoir décisionnel préliminaire relatif au choix d'exercer le pouvoir discrétionnaire ou pas dans un cas donné. Cette décision préliminaire ne serait pas gouvernée par les principes juridiques qui contraignent normalement l'exercice des pouvoirs administratifs.

[59] La Cour d'appel rattache cette discrétion préliminaire absolue à l'absence « de droit reconnu par la loi d'obliger la ministre à exercer cette prérogative »<sup>66</sup> et sur la base du fait que les enfants n'ont « aucun droit constitutionnel, d'origine législative ou en common law de fréquenter les écoles »<sup>67</sup>. En rattachant cette nouvelle classe de pouvoirs discrétionnaires aux circonstances dans lesquelles les administrés n'ont pas de « droit » statutaire ou constitutionnel, la Cour d'appel la rend applicable à une large gamme de décisions discrétionnaires puisque – de sa nature même – la discrétion implique « *the creation of rights and privileges, as opposed to the determination of who holds those rights and privileges* »<sup>68</sup>.

[60] L'arrêt de la Cour d'appel risque aussi de raviver l'ancienne distinction entre les pouvoirs qui confèrent des droits et ceux qui confèrent des privilèges. Cette distinction anime la dissidence du juge Cartwright dans *Roncarelli*. Le Professeur Evan Fox-Decent l'explique comme suit :

In other words, because there is no pre-existing right to obtain a permit, nor conditions placed on when it may be cancelled, holding a permit is a privilege that may be revoked at any time, for any reason, and without the benefit of a hearing. Justice Cartwright thus adopts a “rights/privileges” distinction under which privileges are subject to the unfettered discretion of the decision maker<sup>69</sup>.

[61] Or, le rejet de cette doctrine par le juge Rand dans cette même affaire fut un moment décisif du droit administratif moderne. Le juge Rand reconnaît que la décision de refuser ou d'annuler un privilège est à la « discrétion » de la commission, mais il ajoute qu'il n'existe pas de discrétion absolue et sans limites en droit :

---

<sup>65</sup> Pierre Issalys et Denis Lemieux, « Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé » dans Pierre Issalys et Denis Lemieux (dir), *L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives*, 4<sup>e</sup> éd, 2020 au para 4.6 ([EYB2020PIA26](#)).

<sup>66</sup> *AB TNOCA* au para 87.

<sup>67</sup> *AB TNOCA* au para 91.

<sup>68</sup> JH Grey, « Discretion in Administrative Law » (1979) [17:1 Ogoode Hall LJ 107](#) à la p 107.

<sup>69</sup> Evan Fox-Decent, « Democratizing Common Law Constitutionalism » ([2010](#)) [55 RD McGill 511](#) aux pp 515-516. Voir aussi *Roncarelli v Duplessis*, [\[1959\] SCR 121](#) aux pp 166-168, juge Cartwright, dissident.

In public regulation of this sort there is no such thing as absolute and untrammelled ‘discretion’, that is that action can be taken on any ground or for any reason that can be suggested to the mind of the administrator; no legislative Act can, without express language, be taken to contemplate an unlimited arbitrary power exercisable for any purpose, however capricious or irrelevant, regardless of the nature or purpose of the statute<sup>70</sup>.

[62] Comme la Cour suprême l’a rappelé récemment dans *Vavilov*, « il n’y a rien de tel qu’une “discrétion” absolue et sans entraves [...] et tout exercice d’un pouvoir discrétionnaire doit être conforme aux fins pour lesquelles il a été accordé »<sup>71</sup>. Or, l’arrêt de la Cour d’appel ravive cette distinction entre les privilèges et les droits en permettant l’exercice arbitraire par la ministre de son pouvoir discrétionnaire sur la base que les enfants en cause n’ont pas de droits.

[63] L’arrêt de la Cour d’appel remet en doute le bien-fondé du principe constant, mais peu discuté selon lequel l’existence d’une discrétion implique l’obligation de procéder à son exercice, à tout le moins lorsque demandé. Par exemple, les cours fédérales tranchent de façon constante que les agents de l’immigration ont la discrétion de reconsidérer les refus qu’ils ont rendus en vertu de leur pouvoir discrétionnaire « de mitiger la sévérité de la loi [sur l’immigration] selon le cas » fondé sur les considérations d’ordre humanitaire<sup>72</sup>. L’agent de l’immigration a la discrétion de reconsidérer une décision ou de refuser de le faire<sup>73</sup> et « à cette étape-là, l’obligation de l’agent d’immigration [est] de décider, compte tenu de l’ensemble des circonstances pertinentes, s’il y [a] lieu d’exercer le pouvoir discrétionnaire de réexaminer sa décision »<sup>74</sup>.

**D. Le droit « d’employer » le français devant les tribunaux des Territoires inclut-il celui d’être compris directement, c’est-à-dire sans interprète, en vertu du paragraphe 9(1) de la LLO ?**

[64] Cette question de droit d’importance requiert que cette Cour interprète conformément aux principes d’interprétation applicables aux droits linguistiques cette disposition. Une interprétation libérale et donnant effet au droit linguistique « d’employer » le français dans les affaires judiciaires au tribunal inclut le droit d’être compris par le tribunal dans cette langue.

<sup>70</sup> *Roncarelli v Duplessis*, [1959] SCR 121 at 140, juge Rand.

<sup>71</sup> *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration) c Vavilov*, 2019 CSC 65 au para 108.

<sup>72</sup> *Kanthasamy c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2015 CSC 61 au para 19. Voir par exemple quant au pouvoir de reconsidérer ses refus antérieurs : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Gurumoorthi Kurukkal*, 2010 CAF 230 aux para 4-5 [*Kurukkal*]. Voir aussi par exemple *Hussein c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2018 CF 44 aux para 52-54 [*Hussein*] ; *Borovic c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 939 au para 15.

<sup>73</sup> *Hussein* aux para 52-54.

<sup>74</sup> *Kurukkal* au para 5 (soulignements ajoutés).

[65] Cette question invite cette Cour à revisiter l'interprétation restrictive qu'elle a donné il y a maintenant 35 ans au droit « d'employer » le français dans les affaires judiciaires dans l'affaire *Société des Acadiens*. La Cour a interprété le paragraphe 19(2) de la *Charte* dont le libellé est en tout point similaire à celui du paragraphe 9(1) de la *LLO* à la différence que le droit conféré est pour les tribunaux du Nouveau-Brunswick. La majorité de la Cour a tranché que ce droit « d'employer » le français ne comprenait pas celui d'être compris notamment pour la raison que les droits linguistiques découlent d'un compromis politique<sup>75</sup>. Comme l'a confirmé cette Cour dans *CSFCB*, cette interprétation restrictive des droits linguistiques fondée sur le compromis politique n'a plus lieu d'être depuis l'arrêt *Beaulac*<sup>76</sup>. La juge Wilson reconnaissait déjà dans ses motifs concordants dans l'affaire *Société des Acadiens* que même si « [l]a traduction simultanée [...] peut offrir une meilleure solution au problème de la nécessité d'avoir des juges capables de participer pleinement aux débats [...] aucune mesure de ce genre ne vaut l'égalité véritable »<sup>77</sup>.

[66] Que *Société des Acadiens* soit encore l'état du droit sur la portée du droit « d'employer » le français dans les affaires judiciaires est un anachronisme alors que l'arrêt *Beaulac* a été rendu il y a maintenant 22 ans. Le droit « d'employer » le français dans les affaires judiciaires ne peut signifier autre chose que le droit d'être compris par ce tribunal dans cette langue ; l'intervention de cette Cour afin de confirmer que c'est le cas est nécessaire depuis longtemps.

**E. Subsidiairement, la protection conférée par le paragraphe 19(1) de la *Charte* s'applique-t-elle aux Territoires ? Le cas échéant, le paragraphe 9(1) de la *LLO* est-il incompatible et inopérant ?**

[67] La question de l'applicabilité du paragraphe 19(1) de la *Charte* aux Territoires n'a encore jamais reçu de réponse définitive et claire<sup>78</sup>. Elle se pose dans le cadre du présent pourvoi dans la mesure où cette Cour est d'avis que le paragraphe 9(1) de la *LLO* ne garantit pas le droit d'être compris directement en français en raison de facteurs pertinents pour l'interprétation de la *LLO* qui ne le sont pas pour *Charte*. Bien que les demandeurs font valoir que le paragraphe 9(1) de la *LLO* doit être interprété conformément au paragraphe 19(1) de la *Charte* (qui lui protège le droit d'être compris directement), il sera argumenté subsidiairement que le paragraphe 9(1) de la *LLO* est inconstitutionnel si sa portée est plus restrictive, car il porte atteinte au paragraphe 19(1) de la

<sup>75</sup> *Société des Acadiens* à la p 578.

<sup>76</sup> *CSFCB* aux para 18-19.

<sup>77</sup> *Société des Acadiens* à la p 645 (soulignements ajoutés).

<sup>78</sup> Vanessa Gruben, « Le bilinguisme judiciaire » dans Michel Bastarache et Michel Doucet (dir), *Les droits linguistiques au Canada*, 3<sup>e</sup> éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013 à la p 422 [Gruben].

*Charte* d'une façon qui n'est pas justifiée.

[68] Le paragraphe 19(1) de la *Charte* confère le droit « d'employer » le français dans les affaires dont sont saisis les tribunaux « établis par le Parlement ». Est une question de droit nouvelle et d'importance celle de décider si les tribunaux des Territoires sont « établis par le Parlement » au sens du paragraphe 19(1) de la *Charte*.

[69] Comme le note la professeure Gruben, « le pouvoir qu'ont les territoires de créer des tribunaux ne procède pas du paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, mais du législateur fédéral »<sup>79</sup>. La Cour suprême et la Cour d'appel des Territoires sont créées par une loi de la législature des Territoires<sup>80</sup>. Or, la législature des Territoires est une institution créée par le Parlement et sa compétence législative provient d'une loi du Parlement<sup>81</sup>. Le Parlement ne peut pas éviter l'application d'une obligation constitutionnelle à des institutions qui ont pu être créées seulement grâce à une délégation de son propre pouvoir législatif à une législature qu'il a lui-même créée. L'appel proposé permettrait à cette Cour d'affirmer que, puisque tout tribunal créé par le Parlement doit respecter les paragraphes 16(1) et 19(1) de la *Charte*, les tribunaux créés par pouvoirs délégués du Parlement doivent aussi respecter ces obligations linguistiques.

**F. Cette Cour doit intervenir pour remédier à l'injustice subie par les demandeurs et leur procureur, qui n'ont pas pu « employer » le français dans un dossier impliquant des droits linguistiques**

[70] Même si le droit « d'employer » le français en vertu du paragraphe 9(1) de la *LLO* n'inclut pas celui d'être compris directement, cette Cour devrait néanmoins intervenir pour remédier à l'injustice subie par les demandeurs et leur procureur, qui n'ont pas pu « employer » le français devant la Cour d'appel dans un dossier impliquant des droits linguistiques.

[71] Plusieurs décisions administratives, procédurales et de gestion ont placé systématiquement les demandeurs dans une position désavantagée par rapport à l'intimé en appel. D'abord, l'absence de « trois juges bilingues » à la Cour d'appel des Territoires a entraîné d'importants délais<sup>82</sup>. Ensuite, la Cour d'appel a réduit le temps d'audience à une heure de plaidoirie par partie pour les deux dossiers alors que seul le procureur des demandeurs devait ralentir en raison du

---

<sup>79</sup> Gruben à la p 424.

<sup>80</sup> *Loi sur l'organisation judiciaire*, [LRTN-O 1999, c J-1](#).

<sup>81</sup> *Loi sur les Territoires du Nord-Ouest*, [LC 2014, c 2](#), art 2, art 10, art 18(1)(k).

<sup>82</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 11, pièces 3, 18, onglet 5B.

service d'interprétation<sup>83</sup>.

[72] À cette situation s'ajoute le refus de la Cour d'appel de transmettre aux demandeurs une transcription du service d'interprétation de l'audience du 31 mai 2021 ou même simplement l'enregistrement audio de ce service d'interprétation. Encore une fois, les demandeurs sont désavantagés par rapport aux locuteurs d'expression anglaise en ce qu'ils n'ont pas accès à la transcription de tous les mots qui ont été transmis aux juges lors de l'audience du 31 mai 2021.

[73] Le point culminant du désavantage subi par les demandeurs et leur procureur fut la qualité insuffisante du service d'interprétation simultanée du français vers l'anglais requis par la Cour d'appel lors de l'audience. L'interprétation doit être d'une qualité suffisante pour assurer que la cour comprenne les plaidoiries afin que la justice soit rendue et paraisse avoir été rendue.

[74] L'injustice subie est d'autant plus criante qu'elle a eu lieu dans un dossier de droits linguistiques. La sévérité des violations au droit d'« employer » le français, surtout dans un tel dossier, entache la confiance des membres des communautés d'expression française en situation minoritaire en administration de la justice et soulève en elle-même une question d'importance pour le public méritant l'intervention de cette Cour.

#### **PARTIE IV – ARGUMENTS AU SUJET DES DÉPENS**

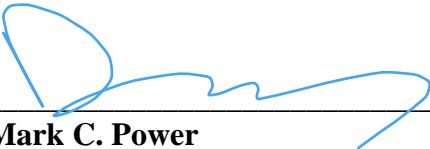
[75] Les demandeurs demandent les dépens peu importe l'issue de cette demande.

#### **PARTIE V – ORDONNANCE DEMANDÉE**

[76] Les demandeurs demandent une ordonnance leur accordant l'autorisation d'interjeter appel.

**LE TOUT RESPECTUEUSEMENT SOUMIS.**

FAIT en ce 1er novembre 2021 à Ottawa (Ontario).



---

**Mark C. Power**  
**Jennifer Klinck**  
**Perri Ravon**  
**Darius Bossé**

---

<sup>83</sup> Affidavit n° 2 de Francis Poulin, 1<sup>er</sup> novembre 2021 aux para 21, 27, 36-40, 42, pièce 12, onglet 5B.

## PARTIE VI – TABLE ALPHABÉTIQUE DES SOURCES

AUTORITÉS	N° de paragraphe
<i>AB c Territoires du Nord-Ouest (Éducation, Culture et Formation)</i> , <a href="#">2019 TNOCS 25.cor1</a>	13, 39
<i>AB c Territoires du Nord-Ouest (Ministre de l'Éducation, de la Culture et de la Formation)</i> , <a href="#">2021 TNOCA 8</a>	4, 10, 16, 34, 35, 39, 40, 42, 49, 50, 51, 54, 56, 59
<i>Baker c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)</i> , <a href="#">[1999] 2 RCS 817</a>	35
<i>Borovic c Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , <a href="#">2016 CF 939</a>	63
<i>Bradford c Syndicat national de l'automobile, de l'aérospatiale, du transport et des autres travailleurs et travailleuses du Canada (TCA-Canada)</i> , <a href="#">2015 CAF 84</a>	44
<i>Canada (Citoyenneté et Immigration) c Gurumoorthi Kurukkal</i> , <a href="#">2010 CAF 230</a>	63
<i>Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c Vavilov</i> , <a href="#">2019 CSC 65</a>	62
<i>Commission scolaire francophone, AB, FA, TB, JJ et ES c Ministre de l'Éducation</i> , <a href="#">2020 TNOCS 28</a>	16
<i>Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire #23 c Yukon (Procureure générale)</i> , <a href="#">2015 CSC 25</a>	2
<i>Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique v British Columbia (Education)</i> , <a href="#">2011 BCSC 1219</a>	33
<i>Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique</i> , <a href="#">2020 CSC 13</a>	7, 39, 42, 43, 67
<i>Doré c Barreau du Québec</i> , <a href="#">2012 CSC 12</a>	3, 42, 44, 46, 47,
<i>École secondaire Loyola c Québec (Procureur général)</i> , <a href="#">2015 CSC 12</a>	3, 31
<i>Fédération des parents francophones de Colombie-Britannique v British Columbia (Attorney General)</i> , <a href="#">2012 BCCA 422</a>	31
<i>Gehl v Canada (Attorney General)</i> , <a href="#">2017 ONCA 319</a>	45, 48,
<i>Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général)</i> , <a href="#">2005 CSC 15</a>	52

<i>Hussein c Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , <a href="#">2018 CF 44</a>	63
<i>Kanhasamy c Canada (Citoyenneté et Immigration)</i> , <a href="#">2015 CSC 61</a>	63
<i>Normtek Radiation Services Ltd v Alberta Environmental Appeal Board</i> , <a href="#">2020 ABCA 456</a>	57
<i>Law Society of British Columbia c Trinity Western University</i> , <a href="#">2018 CSC 32</a>	46, 47,
<i>Pacific Centre for Reproductive Medicine v Medical Services Commission</i> , <a href="#">2019 BCCA 315</a>	44
<i>R c Beaulac</i> , <a href="#">[1999] 1 RCS 768</a>	7, 37, 65, 66,
<i>Roncarelli v Duplessis</i> , <a href="#">[1959] SCR 121</a>	60, 61
<i>Société des Acadiens c Association of Parents</i> , <a href="#">[1986] 1 RCS 549</a>	7, 65, 66, 68
<i>Waverley (Village) v Nova Scotia (Minister of Municipal Affairs)</i> , <a href="#">[1994] NSJ No 84</a>	57

## PARTIE VII – LÉGISLATION

AUTORITÉS	N° de paragraphe
<i>Loi sur l'organisation judiciaire</i> , <a href="#">LRTN-O 1999, c J-1</a>	69
<i>Loi sur les langues officielles</i> , <a href="#">LRTN-O 1988, c O-1</a>	5
<i>Loi sur les Territoires du Nord-Ouest</i> , <a href="#">LC 2014, c 2</a>	69

## DOCTRINE

AUTORITÉS	N° de paragraphe
Evan Fox-Decent, « Democratizing Common Law Constitutionalism » <a href="#">(2010) 55 RD McGill 511</a>	60
JH Grey, « Discretion in Administrative Law » (avril 1979) <a href="#">17:1 Ogoode Hall LJ 107</a> à la p 107	60
Jennifer Klinck, Madelaine Mackenzie et Christopher Rusko, « Distinctively Canadian: Litigating the Constitutional Rights of Canada’s Protected Linguistic, Denominational and Indigenous Communities », dans Todd L Archibald (dir), <i>Annual Review of Civil Litigation 2020</i> , Toronto, Thomson Reuters, 2020, Carswell (WL Can), aux pp 83-88.	33
Pierre Issalys et Denis Lemieux, « Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé » dans Pierre Issalys et Denis Lemieux (dir), <i>L'action gouvernementale – Précis de droit des institutions administratives</i> , 4 <sup>e</sup> éd, 2020 au para 4.6 ( <a href="#">EYB2020PIA26</a> )	59
Paul Daly, « Artificial Administration: Administrative Law in the Age of Machines » (2020) Université d’Ottawa – Faculté de Common Law Document de travail à la p 9 ; Colleen Flood et Lorne Sossin, <i>Administrative Law in Context</i> , Toronto, Emond Montgomery, 2008 à la p 279	59
Vanessa Gruben, « Le bilinguisme judiciaire » dans Michel Bastarache et Michel Doucet (dir), <i>Les droits linguistiques au Canada</i> , 3 <sup>e</sup> éd, Cowansville, Yvon Blais, 2013 à la p 422 [Gruben].	69, 71

## AUTRES DOCUMENTS

	N° de paragraphe
Territoires du Nord-Ouest, Ministère de l’Éducation, Culture et Formation, <a href="#">Directive Ministérielle sur l’inscription des élèves aux programmes d’enseignement en français langue première</a> (Directive), 11 août 2016	10