



McGill Law Journal

Revue de droit de McGill



Editorial Board — Comité de rédaction
Montreal 2023 Montréal

Editor-in-Chief
OMMU-KULSOOM J. ABDUL-RAHMAN
Rédactrice en chef

Managing Editor
SHONA MOREAU
Directrice administrative

Executive Editor
MARIE-ÈVE OUELLET
Rédactrice en chef adjointe

Executive Editor
AARON GAO
Rédacteur en chef adjoint

Executive Editor
ANDIE HOÀNG-LEFRANC
Rédacteur.rice en chef adjoint.e

Citations Editor
ROBYN OTTO
Rédactrice du Manuel de référence

Podcast Editor
GENEVIÈVE PLUMPTRE
Rédactrice des balados

Editors — Rédacteurs / Rédactrices
STEPHANIE BELMER
SAMAR-BALKISS BENASKEUR
JORDAN BITAN
HENRY COOMES

NICK PINEAU
AUDREY POULIN
JAMÉLIE RENAUD-STEPPAN
THOMAS ROUSSEL

Management — Administration
KATHERINE BEAULIEU
ARIA BARIN KHIABANI

MICHELLE AKIM
OLIVIA ANSTESS
ANDREA CARBONI JIMÉNEZ
AIDAN CARPIO-LANTHIER
KEIRA CHADWICK
JULIETTE CROCE

Associate Board — Comité adjoint
SARA DE SÈVE
MAÏMOUNA DIALLO
RENAUD GAILLET
OLIVIER GRENIER-LEBOEUF
KHALED HASSOUN

DEESHAY HEERAMUN
JAMEY IRWIN
JIASI LIU
MATTHEW TSIRMBAS
NICHOLAS WALTEBURY
XIN HAO YANG

Indigenous Legal Advisory Circle — Cercle consultatif sur le droit autochtone

PROF. A. MILLS
PROF. K. SLOAN

S. AUGUSTINE
S. COPENACE
L. LITTLE BEAR

Faculty Advisory Council — Conseil consultatif de la Faculté

Faculty Advisor
DEAN R. LECKEY
Professeur-conseil

PROF. A. BLACKETT
M^E D. BOYER
PROF. J. POIRIER
PROF. G. SAUMIER

Advisory Board — Conseil consultatif

M^E F. FOURMANOIT
M. HOUGH
M^E M. JARVIE
DEAN R. LECKEY

B. PEL
M^E S. STRUTHERS
PROF. N. VÉZINA

To be cited as: (2023) 68:2 McGill LJ
Mode de référence : (2023) 68:2 RD McGill

Indexed in — Répertoire dans : Annuaire de jurisprudence et de doctrine du Québec
Current Law Index
Index to Canadian Legal Literature
Index to Canadian Legal Periodical Literature
Index to Legal Periodicals
The H.W. Wilson Company
ISSN 0024-9041

Online — Banques de données : QUICKLAW, WESTLAW, LEXIS/NEXIS, SOQUIJ, ÉRUDIT,
HEIN ONLINE, CANLII

Internet: <http://lawjournal.mcgill.ca>
Copyright 2023 Droits d'auteur

All items in eScholarship@McGill are protected by copyright with all rights reserved unless otherwise indicated.
Tous les articles de eScholarship@McGill sont protégés par le droit d'auteur et tous les droits sont réservés, sauf indication contraire.

Printed in Canada — Imprimé au Canada

Publications Mail Registration No. 40011774 — Envoi de Poste-publications — Enregistrement n° 40011774

The *McGill Law Journal* is a student-run, peer-reviewed quarterly journal affiliated with the Faculty of Law at McGill University. The Journal is bilingual, bijuridical, multidisciplinary, and transsystemic. While it focuses on the Canadian context, it remains international in outlook and favours a theoretical approach to legal scholarship.

The *Journal* accepts submissions of articles, essays, case comments, book reviews, case notes, and book notes, preferably submitted through our website at lawjournal.mcgill.ca/submissions/. The *McGill Law Journal* will not accept submissions that are chapters of theses or books, nor will it consider pieces that have been submitted elsewhere. All articles received are submitted to a formal evaluation process conducted by the Editorial Board in consultation with outside referees.

Preference will be given to articles that do not exceed 15,000 words (10,000 for case comments; 5,000 for book reviews; and 1,000 for book notes). Where submissions considerably exceed this length, the *Journal* may require revision and resubmission before beginning the evaluation process. Submissions should be accompanied by abstracts. All articles published in the *McGill Law Journal* are preceded by a table of contents. It is preferable that the author include one with their submission. More information regarding submissions can be found on the *McGill Law Journal* website at <http://lawjournal.mcgill.ca>.

The *McGill Law Journal* follows the *Canadian Guide to Uniform Legal Citation*, 9th ed (Toronto: Carswell, 2018). Authors should be aware that all footnotes and referencing will be modified at the editing stage to fit the *Cite Guide's* format.

The editors of the *McGill Law Journal* would like to express their appreciation to the Social Sciences and Humanities Research Council of Canada, the Fonds de recherche du Québec, the Faculty of Law of McGill University, and alumni of the *McGill Law Journal*.

La *Revue de droit de McGill* est dirigée par des étudiants et les textes qui y sont publiés sont révisés par les pairs. Elle est affiliée à la Faculté de droit de l'Université McGill et paraît trimestriellement. Elle est bilingue, bijuridique, multidisciplinaire et trans-systémique. Tout en se concentrant sur le contexte juridique canadien, la *Revue* recherche une perspective internationale et favorise une approche théorique du droit.

La *Revue* accepte les soumissions d'articles, essais, de chroniques de jurisprudence et de recensions simples ou comparatives, préférablement transmises au moyen de notre site Internet à l'adresse suivante : lawjournal.mcgill.ca/fr/soumissions/. La *Revue de droit de McGill* n'accepte pas les chapitres de thèses ou de livres, les brouillons préliminaires ni les manuscrits qui ont été soumis ailleurs. Tout article reçu est soumis à un processus formel d'évaluation par le comité de rédaction, en consultation avec des évaluateurs externes.

Les articles ne doivent de préférence pas excéder 15 000 mots (10 000 mots pour les chroniques de jurisprudence, 5 000 mots pour les recensions comparatives et 1 000 mots pour les recensions simples). Il est à noter que les textes excédant de beaucoup cette longueur peuvent nécessiter une révision et une nouvelle soumission avant le début du processus d'évaluation. Les résumés des textes doivent être soumis avec les articles. Tous les articles publiés par la *Revue de droit de McGill* sont précédés d'une table des matières. Il est donc préférable que les auteurs en incluent une avec leur soumission. Pour de plus amples renseignements au sujet des soumissions, veuillez consulter le site Internet de la *Revue de droit de McGill* à l'adresse suivante : <http://lawjournal.mcgill.ca>.

La *Revue de droit de McGill* se conforme aux règles du *Manuel canadien de la référence juridique*, 9^e éd, Toronto, Carswell, 2018. Toutes les notes infrapaginales et références seront donc modifiées lors du processus d'édition afin de les rendre conformes au *Manuel de référence*.

Les rédacteurs de la *Revue de droit de McGill* tiennent à remercier le Conseil de recherches en sciences humaines du Canada, les Fonds de recherche du Québec, la Faculté de droit de l'Université McGill, de même que les anciens et les anciennes de la *Revue de droit de McGill*.

Contacting the Journal

The offices of the *McGill Law Journal* are at 3644 Peel Street, Montreal, Quebec, Canada, H3A 1W9.

Email: journal.law@mcgill.ca
Internet: <http://lawjournal.mcgill.ca>

The *McGill Law Journal*, ISSN 0024-9041, is published quarterly by McGill Law Journal c/o Kopel, 3360 2nd Street, Saint-Hubert, Quebec, J3Y 8Y7.

Back issues prior to Volume 68 are available upon request. Please address your request to William S. Hein & Co., Inc., 1285 Main Street, Buffalo, New York, 14209-1987, U.S.A. ((716) 882-2600 or in the U.S.A. 1-800-828-7571) or contact HeinOnline at <<http://wshein.com>>.

Printed on recycled paper. 

Pour nous joindre

Les bureaux de la *Revue de droit de McGill* sont situés au 3644, rue Peel, Montréal, Québec, Canada, H3A 1W9.

Adresse courriel : journal.law@mcgill.ca
Internet : <http://lawjournal.mcgill.ca>

La *Revue de droit de McGill*, numéro ISSN 0024-9041, est publiée chaque trimestre par Revue de droit de McGill a/s Kopel, 3360 2ième Rue, Saint-Hubert, Québec, J3Y 8Y7.

Des copies des numéros antérieurs, avant le volume 68, sont disponibles sur demande et peuvent être commandées directement chez William S. Hein & Co., Inc., 1285 Main Street, Buffalo, New York, 14209-1987, U.S.A., (716) 882-2600, aux É.-U. : 1-800-828-7571 ou sur HeinOnline à <<http://wshein.com>>.

Imprimé sur papier recyclé. 

All works that appear in the *McGill Law Journal* are published under a CC-BY-ND open access license.



You are free to:

Share — copy and redistribute the material in any medium or format for any purpose, even commercially.

The licensor cannot revoke these freedoms as long as you follow the license terms.

Under the following terms:

Attribution — You must give appropriate credit, provide a link to the license, and indicate if changes were made. You may do so in any reasonable manner, but not in any way that suggests the licensor endorses you or your use.

No Derivatives — If you remix, transform, or build upon the material, you may not distribute the modified material.

No additional restrictions — You may not apply legal terms or technological measures that legally restrict others from doing anything the license permits.

Notices:

You do not have to comply with the license for elements of the material in the public domain or where your use is permitted by an applicable exception or limitation.

No warranties are given. The license may not give you all of the permissions necessary for your intended use. For example, other rights such as publicity, privacy, or moral rights may limit how you use the material.

Tous les travaux publiés dans la *Revue de droit de McGill* sont publiés sous une licence de libre accès CC-BY-ND.



Vous êtes autorisé à :

Partager — copier, distribuer et communiquer le matériel par tous moyens et sous tous formats pour toute utilisation, y compris commerciale.

L'Offrant ne peut retirer les autorisations concédées par la licence tant que vous appliquez les termes de cette licence.

Selon les conditions suivantes :

Attribution — Vous devez créditer l'œuvre, intégrer un lien vers la licence et indiquer si des modifications ont été effectuées à l'œuvre. Vous devez indiquer ces informations par tous les moyens raisonnables, sans toutefois suggérer que l'Offrant vous soutient ou soutient la façon dont vous avez utilisé son œuvre.

Pas de modifications — Dans le cas où vous effectuez un remix, que vous transformez, ou créez à partir du matériel composant l'œuvre originale, vous n'êtes pas autorisé à distribuer ou mettre à disposition l'œuvre modifiée.

Pas de restrictions complémentaires — Vous n'êtes pas autorisé à appliquer des conditions légales ou des mesures techniques qui restreindraient légalement autrui à utiliser l'œuvre dans les conditions décrites par la licence.

Notes :

Vous n'êtes pas dans l'obligation de respecter la licence pour les éléments ou matériel appartenant au domaine public ou dans le cas où l'utilisation que vous souhaitez faire est couverte par une exception.

Aucune garantie n'est donnée. Il se peut que la licence ne vous donne pas toutes les permissions nécessaires pour votre utilisation. Par exemple, certains droits comme les droits moraux, le droit des données personnelles et le droit à l'image sont susceptibles de limiter votre utilisation.

MCGILL LAW JOURNAL



REVUE DE DROIT DE MCGILL

ARTICLES

- | | | |
|--|------------------------------|-----|
| To Whom Are Directors' Duties Owed?
Evidence from Canadian M&A Transactions | <i>Camden Hutchison</i> | 123 |
| Cooperative Difference in Insolvency
Proceedings: Pre-Pack Sales, Fiduciary
Duty and the Oppression Remedy | <i>Anna Lund</i> | 161 |
| La Loi 101 et l'égalité linguistique au sens
de la <i>Charte canadienne</i> | <i>Érik Labelle Eastaugh</i> | 203 |

ARTICLES

TO WHOM ARE DIRECTORS' DUTIES OWED? EVIDENCE FROM CANADIAN M&A TRANSACTIONS

*Camden Hutchison**

One of the most contentious issues in corporate law is the proper scope of fiduciary duties. Many scholars have argued that fiduciary duties are owed exclusively to shareholders, while others have advocated a broader conception of directors' fiduciary obligations, potentially encompassing a wide variety of stakeholder and community interests. This debate has both normative and positive dimensions: Not only are there theoretical disagreements as to whom directors' duties should be owed, there are also more basic disagreements as to what the law actually requires, including the extent to which business norms supplement (or undermine) legal rules. In Canada, at least, jurisprudential and statutory reforms have broadened the scope of fiduciary duties to extend their protections to stakeholder groups including creditors, employees, and the environment.

Or have they? In reality, there are reasons to believe that legal standards play a limited role in corporate governance, not least with respect to the fundamental question of in whose interests the corporation is to be governed. For public corporations, a variety of factors, including the professional norms of corporate managers, the realities of public financial markets, and the central role of shareholders in the mechanisms of corporate democracy, strongly encourage directors to prioritize shareholder interests. This article finds evidence of this phenomenon through an empirical study of "fiduciary out" provisions in Canadian M&A agreements. These provisions, which allow directors to abandon committed transactions in order to fulfill their fiduciary duties, are almost universally drafted in terms of maximizing shareholder value. Indeed, in two samples containing more than one thousand M&A agreements, only a single agreement permitted directors to consider non-shareholder interests. This evidence indicates that fiduciary duties are broader in theory than in practice.

L'une des questions les plus controversées du droit des sociétés est celle de l'étendue des obligations fiduciaires. De nombreux chercheurs ont soutenu que les obligations fiduciaires sont dues exclusivement aux actionnaires, tandis que d'autres ont défendu une conception plus large des obligations fiduciaires des administrateurs, englobant potentiellement une grande variété d'intérêts des parties prenantes et de la communauté. Ce débat a des dimensions à la fois normatives et positives : il y a non seulement des désaccords théoriques sur les personnes auxquelles les administrateurs devraient être redevables, mais il y a également des désaccords plus fondamentaux sur ce que la loi exige réellement, y compris la mesure dans laquelle les normes commerciales complètent (ou affaiblissent) les règles juridiques. Au Canada, en tout cas, les réformes jurisprudentielles et législatives ont élargi la portée des obligations fiduciaires pour étendre leur protection aux groupes de parties prenantes, y compris les créanciers, les salariés et l'environnement.

Où l'ont-elles fait ? En réalité, il y a des raisons de croire que les normes juridiques jouent un rôle limité dans la gouvernance des entreprises, notamment en ce qui concerne la question fondamentale de savoir dans l'intérêt de qui l'entreprise doit être gouvernée. Pour les entreprises publiques, divers facteurs, notamment les normes professionnelles des gestionnaires d'entreprise, les réalités des marchés financiers publics et le rôle central des actionnaires dans les mécanismes de la démocratie d'entreprise, encouragent fortement les administrateurs à donner la priorité aux intérêts des actionnaires. Cet article met en évidence ce phénomène par une étude empirique des clauses de « retrait fiduciaire » contenues dans les accords de fusion et d'acquisition canadiens. Ces dispositions, qui permettent aux administrateurs de renoncer à des transactions engagées afin de remplir leurs obligations fiduciaires, sont presque toutes rédigées en termes de maximisation de la valeur actionnariale. En effet, dans deux échantillons comprenant plus de mille accords de fusion et d'acquisition, un seul accord autorisait les administrateurs à prendre en considération les intérêts des non-actionnaires. Ces éléments indiquent que les obligations fiduciaires sont plus larges en théorie qu'en pratique.

* Assistant Professor, Peter A. Allard School of Law, University of British Columbia. I would like to thank Stephen Bainbridge, Cameron Belsher, and Stéphane Rousseau for helpful feedback on an earlier draft. I would also like to thank the anonymous journal referees who provided useful comments and suggestions. Finally, I am grateful to Adrian Alden for excellent research assistance. Any errors are my own.

Introduction	125
I. The Role of Fiduciary Outs	130
<i>A. The Evolution of Fiduciary Outs</i>	131
<i>B. Developments in Canadian Corporate Law</i>	132
II. Fiduciary Outs in Canadian M&A Transactions	134
<i>A. Data Collection and Methodology</i>	135
<i>B. The Legal Content of Fiduciary Outs</i>	137
1. Sample 1	138
2. Sample 2	139
III. Discussion and Analysis	141
<i>A. Explaining the Content of Fiduciary Outs</i>	141
<i>B. The Scope of Directors' Duties</i>	146
Conclusion	147
Appendix	149

Introduction

One of the most contentious issues in corporate law is the proper scope of fiduciary duties.¹ Many scholars have argued that fiduciary duties are owed exclusively to shareholders,² while others have advocated a broader conception of directors' fiduciary obligations, potentially encompassing a wide variety of stakeholder and community interests.³ This debate has both normative and positive dimensions: Not only are there theoretical disagreements as to whom directors' duties *should* be owed, there are also more basic disagreements as to what the law *actually* requires, including the extent to which business norms supplement (or un-

¹ A note on language: Under Delaware law, "fiduciary duties" comprise two distinct duties, the duty of care and the duty of loyalty. In Canada, directors owe a duty of care and the "fiduciary duty," which is the counterpart to Delaware's duty of loyalty. This article focuses on the second of these two duties (i.e., the duty of loyalty in Delaware and the fiduciary duty in Canada).

² The relevant literature is far too extensive to summarize in a single footnote, but notable examples include Stephen M Bainbridge, "Director Primacy: The Means and Ends of Corporate Governance" (2003) 97:2 Nw UL Rev 547 [Bainbridge, "Director Primacy"]; Henry Hansmann & Reinier Kraakman, "The End of History for Corporate Law" (2001) 89:2 Geo LJ 439; Ann M Lipton, "What We Talk About When We Talk About Shareholder Primacy" (2019) 69:4 Case W Res L Rev 863 at 866, 870–72; Leo E Strine Jr, "Our Continuing Struggle with the Idea that For-Profit Corporations Seek Profit" (2012) 47:1 Wake Forest L Rev 135 [Strine, "What We Talk About When We Talk About Shareholder Primacy"]; Leo E Strine Jr, "The Dangers of Denial: The Need for a Clear-Eyed Understanding of the Power and Accountability Structure Established by the Delaware General Corporation Law" (2015) 50:3 Wake Forest L Rev 761 [Strine Jr, "The Dangers of Denial"]; Robert J Rhee, "A Legal Theory of Shareholder Primacy" (2018) 102:5 Minn L Rev 1951. To be clear, few scholars argue that directors owe a duty to maximize short-term stock prices. However, many scholars deny that directors owe enforceable duties to non-shareholders.

³ Perhaps the most influential and prolific proponent of this view is the late Lynn Stout. See Margaret M Blair & Lynn A Stout, "A Team Production Theory of Corporate Law" (1999) 85:2 Va L Rev 247; Lynn A Stout, "Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy" (2002) 75:5 S Cal L Rev 1189 [Stout, "Bad and Not-so-Bad Arguments for Shareholder Primacy"]; Lynn A Stout, "New Thinking on 'Shareholder Primacy'" (2012) 2:2 Accounting Economics & L 1 [Stout, "New Thinking on 'Shareholder Primacy'"]; Lynn A Stout, "On the Rise of Shareholder Primacy, Signs of its Fall, and the Return of Managerialism (in the Closet)" (2013) 36:2 Seattle UL Rev 1169 [Stout, "On the Rise of Shareholder Primacy"]; Lynn A Stout, "The Toxic Side Effects of Shareholder Primacy", Response, (2013) 161:7 U Pa L Rev 2003 [Stout, "The Toxic Side Effects of Shareholder Primacy"]. See also Stephanie Ben-Ishai, "A Team Production Theory of Canadian Corporate Law" (2006) 44:2 Alta L Rev 299; Jill E Fisch, "Measuring Efficiency in Corporate Law: The Role of Shareholder Primacy" (2006) 31:3 J Corp L 637; Richard Marens & Andrew Wicks, "Getting Real: Stakeholder Theory, Managerial Practice, and the General Irrelevance of Fiduciary Duties Owed to Shareholders" (1999) 9:2 Bus Ethics Q 273; Leonard I Rotman, "Debunking the End of History Thesis for Corporate Law" (2010) 33:2 Boston College Intl & Comp L Rev 219 at 219; D Gordon Smith, "The Shareholder Primacy Norm" (1998) 23:2 J Corp L 277 at 279.

dermine) legal rules.⁴ In the Delaware legal context, case law has made increasingly clear that fiduciary duties are owed to shareholders,⁵ but different jurisdictions feature different legal standards and exceptions continue to exist even under Delaware law.⁶

Although much of the literature on fiduciary duties has focused on the United States, debates regarding directors' duties are also active in Canada. The Canadian legal context differs, however, in that unlike Delaware, Canadian law has seemingly embraced a "stakeholder" conception of the corporation.⁷ In the past twenty years, Canadian law has shifted from a traditional, shareholder-oriented conception of fiduciary duties⁸ to a more flexible and discretionary standard of balancing competing stake-

⁴ Discussions of the normative appeal of shareholder wealth maximization and its status as a positive legal requirement are often closely related. See Bainbridge, "Director Primacy", *supra* note 2; Stephen M Bainbridge, "Making Sense of the Business Roundtable's Reversal on Corporate Purpose" (2021) 46:2 J Corp L 285 at 287 [Bainbridge, "Making Sense of the Business Roundtable's Reversal"]; Jonathan R Macey, "Corporate Law as Myth" (2020) 93:5 S Cal L Rev 923 at 949; Marens & Wicks, *supra* note 3 at 275–86; Smith, *supra* note 3 at 278–79. See generally Henry G Manne, "Our Two Corporation Systems: Law and Economics" (1967) 53:2 Va L Rev 259. See generally N Craig Smith & David Rönnegard, "Shareholder Primacy, Corporate Social Responsibility, and the Role of Business Schools" (2016) 134:3 J Bus Ethics 463.

⁵ In Delaware law, the fiduciary duty is a common law duty with no statutory definition. Its object and scope are therefore derived from case law. In the takeover context, the case of *Revlon Inc v MacAndrews & Forbes Holdings, Inc*, 506 A (2d) 173 at 182 (Del Sup Ct 1986) [*Revlon*] established that directors owe a specific duty to maximize shareholder value when a sale of the corporation becomes inevitable. This rule was expanded in *eBay Domestic Holdings Inc v Newmark*, 16 A3d 1 (Del Ct Ch 2010). See also *TW Services v SWT Acquisition Corp*, Fed Sec L Rep (CCH) T94344 (Del Ch Mar 2 1989). Chancellors Leo Strine and William Allen have affirmed their view that the primary object of corporate law is protecting shareholders' interests, see William T Allen, "Our Schizophrenic Conception of the Business Corporation" (1992) 14 Cardozo L Rev 261 at 268; Strine Jr, "The Dangers of Denial", *supra* note 2.

⁶ As a general matter, directors of Delaware corporations are insulated from judicial review by the business judgment rule, which allows directors to take any actions that, in their business judgement, are plausibly in the long-term interests of the corporation. See Blair & Stout, *supra* note 3 at 299–306. For specific exceptions, see Del C tit 8 § 203 (1953); *Credit Lyonnais Bank Nederland NV v Pathe Communications Corp*, 1991 WL 277613 at para 47 (Del Ct Ch (demonstrating that these exceptions include (1) Delaware's antitakeover statute and (2) the shift in directors' duties from shareholders to creditors "in the vicinity of insolvency").

⁷ For purposes of this article, the term "stakeholder" is used generically to refer to non-shareholder stakeholders.

⁸ See *Martin v Gibson* (1907), 15 OLR 623 at 626, 632, [1907] OJ No 85; *Teck Corporation Ltd v Millar* (1972), 33 DLR (3d) 288 at 313, [1972] BCJ 566 [*Teck*] (which states "The classical theory is that the directors' duty is to the company. The company's shareholders are the company and therefore no interests outside those of the shareholders can legitimately be considered by the directors").

holder interests.⁹ In *Peoples Department Stores Ltd. v. Wise*¹⁰ and *BCE Inc. v. 1976 Debentureholders*,¹¹ the Supreme Court of Canada held that it may be legitimate, in certain circumstances, for directors to consider not only shareholders but also “employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.”¹² These Supreme Court decisions have been ratified by amendments to the *CBCA*, which explicitly empower officers and directors to consider a range of stakeholder interests (including, perhaps redundantly, the “long-term interests of the corporation”).¹³

These changes have not been without controversy. Many scholars, including myself, have criticized *BCE* for providing insufficient guidance to corporate directors, undermining important shareholder protections, and exacerbating the agency problems inherent in corporate governance.¹⁴ Even scholars sympathetic to the goals of corporate social responsibility have lamented that *BCE* confused more than clarified.¹⁵ Despite norma-

⁹ See *BCE Inc v 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69 at para 39 [*BCE*]; *Canada Business Corporations Act*, RSC 1985, c C-44, ss 122(1)(a), 122(1.1) [*CBCA*]. (The *CBCA*, as well as its provincial analogs, requires that both directors and officers act “honestly and in good faith with a view to the best interests of the corporation”, s 122(1)(a). In this context, the precise meaning and scope of the word “corporation” is unclear, though it had traditionally been understood to mean the corporation’s shareholders. This presumption was changed by decisions of the Supreme Court of Canada and the 2019 addition of *CBCA* s. 122(1.1)).

¹⁰ 2004 SCC 68 [*Peoples*].

¹¹ See *BCE*, *supra* note 9.

¹² See *Peoples*, *supra* note 10 at para 42; *BCE*, *supra* note 9 at para 39 (these interests are included within the interests of “the corporation” in both cases.)

¹³ See *CBCA*, *supra* note 9, s 122(1.1).

¹⁴ See Sarah P Bradley, “*BCE Inc v 1976 Debentureholders*: The New Fiduciary Duties of Fair Treatment, Statutory Compliance and Good Corporate Citizenship?” (2010) 41:2 *Ottawa L Rev* 325 at 337, 341, 344; Edward Iacobucci, “Indeterminacy and the Canadian Supreme Court’s Approach to Corporate Fiduciary Duties” (2009) 48:2 *Can Bus LJ* 232 at 237; Camden Hutchison, “Pluralism and Convergence: Judicial Standardization in Canadian Corporate Law” (2021) 58:1 *Osgoode Hall LJ* 163 at 190–92; Jeffrey G MacIntosh, “*BCE* and the Peoples’ Corporate Law: Learning to Live on Quicksand” (2009) 48:2 *Can Bus LJ* 255 at 255; J Anthony Vanduzer, “*BCE v. 1976 Debentureholders*: The Supreme Court’s Hits and Misses in its Most Important Corporate Law Decision Since *Peoples*” (2010) 43:1 *UBC L Rev* 205 at 226–68.

¹⁵ See Jeffrey Bone, “Corporate Environmental Responsibility in the Wake of the Supreme Court Decision of *BCE Inc. and Bell Canada*.” (2009) 27 *Windsor Rev Legal Soc Issues* 5; Carol Liao, “A Critical Canadian Perspective on the Benefit Corporation” (2017) 40:2 *Seattle UL Rev* 683 at 701–03; Evguenia Paramonova, “Steering Toward ‘True North’: Canadian Corporate Law, Corporate Social Responsibility, and Creating Shared Value” (2016) 12:1 *JSDLP* 25 at 42–43; Thomas Posyniak, “Realizing a ‘Pious Wish’ of *Peoples* and *BCE*: Enforcement of Pluralist Theory and Corporate Environmental Responsibility” (2012) 23 *J Envtl L & Prac* 69 at 73; Ed Waitzer & Johnny Jas-

tive disagreements regarding the proper scope of fiduciary duties, what many of these scholars share in common is an underlying assumption that the *law* of fiduciary duties is an important determinant of managerial behavior. Implicit within legal debates regarding the nature of fiduciary duties is a belief that these duties *matter* for purposes of corporate decision making.

There are, in fact, reasons to believe that legal standards play a limited role in corporate governance, not least with respect to the fundamental question of in whose interests the corporation is to be governed. For public corporations, a variety of factors, including the professional norms of corporate managers,¹⁶ the realities of public financial markets,¹⁷ and the central role of shareholders in the mechanisms of corporate democracy,¹⁸ strongly encourage directors to prioritize shareholder interests.¹⁹ In other words, just because directors are permitted to consider “employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment²⁰” does not mean they actually do so, and indeed, directors have strong incentives to focus exclusively on shareholders. Complicating the issue as an empirical matter, businesses face competing incentives to signal their commitment to stakeholders. As corporations face increasing scrutiny from activists, governments, and consumers, presenting themselves as socially responsible can be an effective business strategy, even if purely optical.²¹ The result of these complex dynamics is that it can be difficult to know—

wal, “*Peoples, BCE, and the Good Corporate ‘Citizen’*” (2009) 47:3 Osgoode Hall LJ 439 at 442.

¹⁶ Jeffrey N Gordon, “The Rise of Independent Directors in the United States, 1950-2005: Of Shareholder Value and Stock Market Prices” (2007) 59:6 Stan L Rev 1465 at 1529.

¹⁷ See Manne, *supra* note 4 at 260–68.

¹⁸ Not only do shareholders hold the exclusive power to elect directors, they also have the power to bring derivative and oppression lawsuits. See Isabelle Martin, “The Use of Transnational Labour Law in Steering Socially Responsible Corporate Governance Towards Increased Worker Protection” (2018) 33:2 CJLS 159 at 167.

¹⁹ For empirical evidence from the United States that directors do not protect stakeholders in “going private” transactions, see Lucian A Bebchuk, Kobi Kastiel & Roberto Tallarita, “For whom Corporate Leaders Bargain” 93 S Cal L Rev. The authors find that in going private transactions, directors bargain for “substantial benefits for their shareholders as well as for themselves” (at 1472), but not for stakeholders, despite the existence of antitakeover laws.

²⁰ See *BCE*, *supra* note 9 at para 40.

²¹ See Bainbridge, “Making Sense of the Business Roundtable’s Reversal”, *supra* note 4 at 316 (for an excellent discussion of this dynamic with respect to the Business Roundtable). For an argument that corporations’ responses to these pressures are substantive rather than optical, see Michal Barzuza, Quinn Curtis & David H Webber, “The Millennial Corporation: Strong Stakeholders, Weak Managers” (12 April 2022) [unpublished, archived at SSRN] at 3–4.

as an empirical matter—in whose interests corporations are actually being governed.

This article addresses this empirical problem by analyzing “fiduciary out” provisions. More specifically, I examine two samples²² of Canadian public M&A transactions, with the aim of identifying the specific interests (i.e., shareholders or stakeholders) prioritized by directors. A “fiduciary out” is a common provision in corporate acquisition agreements²³ that allows the target corporation to back out of a committed sale, contingent upon receiving a more favorable offer from a third party. These provisions are referred to as “fiduciary outs” because they allow target company directors to exercise their fiduciary duty to maximize shareholder value in a sale, a specific obligation known as “*Revlon* duties” in the United States.²⁴ Although this duty to maximize shareholder value is specific to Delaware law—and has been explicitly disclaimed by Canadian courts²⁵—Canadian M&A agreements have featured fiduciary outs for decades. It is now standard practice for Canadian acquisition agreements to allow target company directors to abandon a sale in favor of a “Superior Proposal.”²⁶

Fiduciary outs provide revealing evidence regarding directors’ legal and business considerations. Unlike sanctimonious public statements regarding corporate social responsibility, the terms of acquisition agreements are legally binding on the corporations that sign them, and can potentially give rise to director liability for breach of fiduciary duties. For this reason, they are often drafted and negotiated by outside counsel with

²² The two samples were designed to capture both large and small public M&A transactions. The samples comprise (1) the 100 largest Canadian M&A transactions over the past 20 years and (2) a broader sample of over 2,000 smaller M&A transactions. See Section III.A for a discussion of data collection and methodology.

²³ In this article, the term “acquisition agreement” refers generically to any negotiated transaction document used to acquire a corporation, including arrangement agreements, amalgamation agreements, and asset purchase agreements. In the Canadian context, public acquisitions are most often structured as plans of arrangement, see Bradley A. Freelan, Gesta A. Abols & Neil Kravitz, “Canadian Mergers and Acquisitions (M&A): Acquiring a Public Company” (23 July 2020) at 7, online (pdf): *Fasken Martineau DuMoulin LLP* <www.fasken.com> [perma.cc/8KH6-CE4L].

²⁴ So named because they were established by *Revlon*, *supra* note 5.

²⁵ See e.g., *Pente Investment Management Ltd v Schneider Corp*, 42 OR (3d) 177 [1998] OJ No 4142 [*Pente*] (“*Revlon* is not the law in Ontario. In Ontario, an auction need not be held every time there is a change in control of a company” (note that, despite the court’s language, *Revlon* does not require an auction) at para 61.

²⁶ As discussed in Part III below, “Superior Proposal,” “Superior Offer,” or another similar term is often a defined concept in corporate acquisition agreements. Typically, a “Superior Proposal” is an alternative offer that satisfies specified criteria, thereby triggering the fiduciary out. One of the key findings of this article is that, even in Canada, Superior Proposals are usually defined in terms of maximizing shareholder value.

a sophisticated understanding of the relevant legal risks.²⁷ More so than what directors say, the content of fiduciary outs reveals what directors *actually believe*. Thus, if corporate directors (or their legal counsel) believe directors are accountable to stakeholders, then we should expect the language of fiduciary outs to allow consideration of stakeholder interests. If, however, directors believe their fiduciary duties are exclusively enforceable by shareholders, then we should expect the language of fiduciary outs to be limited to shareholder interests.²⁸

The evidence in this article suggests that in the M&A context, directors are primarily concerned with protecting shareholder interests. Nearly all fiduciary outs in a sample of large Canadian M&A transactions, and nearly 70% of fiduciary outs in a sample of smaller M&A transactions, are specifically contingent upon benefiting shareholders. Tellingly, only a single fiduciary out provision among more than 1,000 agreements makes any reference to stakeholder interests or the collective interests of “the corporation.”²⁹ Despite the absence of *Revlon* duties in Canada, fiduciary outs specifically address the economic interests of shareholders.³⁰

The remainder of this article proceeds as follows. Part II discusses fiduciary outs and their relationship to directors’ duties. This part also discusses related developments in Canadian corporate law. Part III presents empirical evidence regarding fiduciary out provisions, while Part IV discusses the significance of this evidence to Canadian fiduciary duties. In the M&A context, at least, the evidence suggests that directors prioritize shareholder interests. Part V concludes by questioning the extent to which Canadian law meaningfully benefits stakeholders.

I. The Role of Fiduciary Outs

Fiduciary outs play an important role in M&A transactions. A corporate acquisition agreement represents a binding commitment on the part of both the buyer and the seller to consummate an acquisition. For public company acquisitions, there is inevitably a delay of several months bet-

²⁷ In many public M&A transactions, the target corporation’s board of directors creates a special committee of independent directors to review and approve the sale. The special committee and the target corporation itself often retain separate legal counsel (typically large corporate law firms), both of which approve the language of the fiduciary out.

²⁸ What I mean by “believe” in this context is the belief that shareholders or stakeholders can inflict meaningful consequences on directors if their interests are not protected.

²⁹ See “Merger Agreement between the London Stock Exchange Group Plc and TMX Group Inc” (9 February 2011), Exhibit B to Schedule 5.5, online (pdf): <www.tmx.com> [perma.cc/54D3-7ZJC].

³⁰ This finding is consistent with the evidence in Bebchuk, Kastiel & Tallarita, *supra* note 19.

ween the signing of the agreement and the closing of the deal. During this window, the buyer is exposed to a risk of nonconsummation if the seller pursues an alternative transaction. To reduce this risk, the seller is often contractually prohibited from soliciting, discussing, or entering into any alternative transaction with another potential buyer (on pain of liability for breach of contract).³¹ A fiduciary out is a narrow exception to this contractual restriction, allowing target company management to pursue a superior offer.³²

A. *The Evolution of Fiduciary Outs*

Although they are today used in many countries, fiduciary outs were originally a product of Delaware jurisprudence. In 1986, the *Revlon* decision held that directors owe a duty to maximize shareholder value once a sale of the corporation has become inevitable. This duty was elaborated in *Paramount Communications Inc v QVC Network Inc*,³³ which held that directors cannot absolve themselves of their duty to maximize share value by entering into a binding acquisition agreement. In *Paramount*, the board of directors of the target corporation (Paramount Communications, Inc.) agreed to a merger agreement with Viacom, Inc. which included a range of “deal protection” measures, including a non-solicitation provision, a \$100 million termination fee, and a lock-up option on approximately 20% of Paramount’s stock. When QVC Network, Inc. made a competing, higher-priced offer for Paramount, Paramount’s board of directors refused to entertain the offer, citing their contractual obligations to Viacom. Both the Delaware Court of Chancery and the Delaware Supreme Court held that Paramount’s directors had violated their duties under *Revlon*. Thus, *Paramount* established that—under Delaware law—directors may not contractually avoid their legal duties to shareholders.³⁴

³¹ Researching the seller and negotiating a transaction represents a substantial investment of time and resources on the part of the buyer. By reducing the risk of seller opportunism, non-solicitation provisions help resolve the moral hazard problem that would otherwise deter buyers from making initial offers.

³² Note that even if the target corporation validly exercises its fiduciary out, it is generally required to pay a breakup fee (which effectively increases the minimum price for any alternative buyer).

³³ 637 A (2d) 34 at para 47 (Del Sup Ct 1994) [*Paramount*].

³⁴ See generally *CBCA*, *supra* note 9, s 122(2) (the Delaware rule parallels this provision, though the substance of the fiduciary duty is different under Canadian law).

Revlon, *Paramount*, and subsequent Delaware decisions³⁵ led to the development of modern fiduciary outs.³⁶ To accommodate directors' legal duties, parties often include provisions in acquisition agreements that allow target company directors to pursue a higher-value offer. Although buyers typically accept these provisions, they often insist that the contractual language be drafted as narrowly as possible, so that the provision itself is strictly limited to directors' legal duties, and so that it only captures alternative offers that provide a higher financial value to shareholders. A common drafting technique is to limit exercise of the fiduciary out to a "Superior Proposal" (or similar term), which is defined in the agreement as an alternative acquisition that is more favorable, from a financial point of view, to the shareholders of the target corporation.³⁷ In Delaware, this language reflects the legal reality of shareholder primacy. Interestingly, however, practitioners in other jurisdictions with different fiduciary standards—Canada among them—have adopted similar language.

B. Developments in Canadian Corporate Law

Unlike directors of Delaware corporations, Canadian directors do not owe *Revlon* duties. However, the flexibility of directors to consider "employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment" is a relatively recent development. Prior to *BCE*, it was generally assumed by courts and practitioners that directors' fiduciary duties were intended to protect shareholders, despite the statutory fiduciary duty referring to the "the best interests of the corporation,"³⁸ and despite the clear rejection of *Revlon* duties in Canadian jurisprudence. This ambiguity as to the beneficiaries of directors' duties is reflected in *Pente*, which explicitly rejected *Revlon* duties while implying that directors owe their fiduciary duties to shareholders. Although the court in *Pente* emphasized "the best interests of the corporation"—and explicitly rejected the argument that directors owe duties to *specific* shareholders—it also stated that directors owe a duty to "act in the best interests of the shareholders,"³⁹ to recommend the "best available transaction for the share-

³⁵ The requirement that directors negotiate a fiduciary out clause in a sale transaction was made explicit in the case of *Omnicare Inc v NCS Healthcare Inc*, 818 A (2d) 914 (Del Sup Ct 2003).

³⁶ Note that broader (and likely legally invalid) fiduciary outs existed prior to *Paramount*. See Julian Velasco, "Fiduciary Duties and Fiduciary Outs" (2013) 21:1 Geo Mason L Rev 157 at 169–70.

³⁷ As discussed in Part III, most fiduciary outs use this exact language.

³⁸ *CBCA*, *supra* note 9, s 122(1)(a).

³⁹ *Pente*, *supra* note 25 at para 45.

holders,”⁴⁰ and to “get the best transaction available to the shareholders.”⁴¹ Thus, while *Pente* alludes to conflicts of interest between individual shareholders, it never suggests that directors owe duties to non-shareholder interests. In this sense, *Pente* is representative of pre-*BCE* jurisprudence. Although the decision is not explicitly clear as to the meaning of “the corporation,” nor does it suggest that “the corporation” encompasses non-shareholder groups.⁴²

This understanding of the fiduciary duty has changed in light of *BCE*. In its 2004 *Peoples* decision, the Supreme Court stated, “given all the circumstances of a given case,” it may be legitimate for directors to consider “shareholders, employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment.”⁴³ This somewhat ambiguous statement was elaborated in *BCE*, which went further in holding that directors “*may be obliged* to consider the impact of their decisions on corporate stakeholders”⁴⁴ and that their duty was to “the corporation *viewed as a good corporate citizen*.”⁴⁵ *BCE* heralded a shift in corporate law, raising questions as to the fundamental nature of the fiduciary duty. Following *BCE*, were directors *required* to consider stakeholder interests (and if so, when), or was consideration of stakeholder interests purely discretionary? These questions appear to have been answered by Parliament in 2019 with the adoption of s. 122(1.1) of the *CBCA*. This section clarifies that “[w]hen acting with a view to the best interests of the corporation,” directors and officers “*may*” consider the interests of stakeholders.⁴⁶ The use of the word “*may*” (as opposed to “*should*,” “*shall*,” or “*must*”) seems to answer the question of whether considering stakeholders is mandatory.⁴⁷ In either

⁴⁰ *Ibid* at para 38.

⁴¹ *Ibid* at para 56.

⁴² See also *Teck*, *supra* note 8 (even that case, cited by the Supreme Court in favor of a stakeholder theory of the corporation, focuses on the conflict between individual shareholders. It does not imply that directors owe an enforceable duty to stakeholders).

⁴³ *Peoples*, *supra* note 10 at para 42.

⁴⁴ See *BCE*, *supra* note 9 at para 66 [emphasis added].

⁴⁵ *Ibid* [emphasis added].

⁴⁶ *CBCA*, s 122(1.1) (stakeholder interests are enumerated to include the interests from *Peoples* and *BCE*, plus “retirees and pensioners” and “the long-term interests of the corporation”, s 122(1.1)(a)).

⁴⁷ Even this conclusion is not entirely without doubt, however. Although the language of s. 122(1.1) seems clear, its meaning has not yet been fully developed by the courts. At least one lower court decision construing s. 122(1.1) has implied that directors may owe mandatory duties to creditors. See *R v KK*, [2021] OJ No 3685 at para 74, 2021 ONSC 4775.

case, however, the Canadian fiduciary standard is clearly different from Delaware's.⁴⁸

Despite these differences, fiduciary outs are commonplace in Canadian M&A transactions. Although it is difficult to know—and my research does not reveal—exactly when fiduciary outs were introduced in Canada, it is reasonable to assume they were introduced following their emergence in the United States. They were already common by 2001, the first year of my samples. They were apparently necessary prior to *BCE*, as suggested by the 2007 case of *Ventas, Inc. v Sunrise Senior Living Real Estate Investment Trust*.⁴⁹ In *Ventas*, the Ontario Court of Appeal commented on the necessity of fiduciary outs, observing that there was “no doubt” that directors owed a duty to maximize shareholder value.⁵⁰ According to the court, fiduciary outs allow directors to exercise their duty to ensure that shareholders receive the best offer available.⁵¹ Although certain language in *Ventas* suggests fiduciary outs are less necessary in Canada,⁵² *Ventas* also shows that fiduciary outs play an important role in Canadian M&A.

The question posed by this article is whether, and to what extent, the law and practice of fiduciary duties have changed in light of *Peoples*, *BCE*, and the amendments to the *CBCA*. Do fiduciary outs continue to be tied to maximizing shareholder value? Have they evolved to reflect broader considerations of a plurality of stakeholder interests? How do directors conceive their duties (as revealed by legally binding contractual language)? The answers to these questions—discussed in Part III below—provide insight into the practical significance of legal changes to fiduciary duties.

II. Fiduciary Outs in Canadian M&A Transactions

Fiduciary outs are a window into the thinking of corporate directors. These provisions reflect the concerns of directors and their legal counsel in two ways. First, from a legal perspective, fiduciary outs allow directors to pursue alternative transactions in situations, where failing to do so would violate their fiduciary duties. Second, from a business perspective, fiduciary outs allow directors to fulfill their own self-conception of their

⁴⁸ Note that as a formal matter, amendments to the *CBCA* do not affect provincial law. Nor do *Peoples* or *BCE*, both of which construed the *CBCA*. Nevertheless, there are reasons to believe that *Peoples* and *BCE* have influenced the interpretation of provincial legislation. See Hutchison, *supra* note 14 at 188–90.

⁴⁹ 2007 ONCA 205.

⁵⁰ *Ibid* at para 53.

⁵¹ *Ibid*.

⁵² *Ibid* at para 54.

professional responsibilities, which may be broader (or narrower) than their formal legal responsibilities. Depending on how directors conceive their roles, these responsibilities may be limited exclusively to shareholders, or they may include a broader variety of collective stakeholder interests. For these reasons, the specific wording of fiduciary outs reveals important information regarding to whom directors believe their duties are actually owed.

A. Data Collection and Methodology

This article draws on two samples of Canadian M&A transactions: The first sample ("Sample 1") includes the 100 largest M&A transactions signed⁵³ between May 1, 2001 and April 30, 2021 in which the target company was a publicly-traded Canadian corporation.⁵⁴ The second, larger sample ("Sample 2") consists of *all* M&A transactions signed⁵⁵ between May 1, 2001 and April 30, 2021 in which the target company is identified by Capital IQ as a publicly-traded Canadian corporation.⁵⁶ Sample 2 includes a total of 2,078 distinct transactions. Unfortunately, because most corporations that are *currently* private are classified by Capital IQ as "private companies" (regardless of previous listing status), it was impracticable to identify all transactions in which the target company was public *at the time of the transaction*. As a practical matter, this means that Sample 2 is biased toward reverse takeover transactions,⁵⁷ acquisitions of majority stakes, and other (typically smaller) transactions in which the target company remained publicly traded following the tran-

⁵³ Sample 1 includes a small number of signed but unconsummated transactions.

⁵⁴ Transactions were manually identified using the Capital IQ transaction database and ranked by deal value. The sample was limited to transactions in which the *target* company was a public corporation for two reasons: First, fiduciary outs are far less common in acquisitions of private companies. Second, under Canadian securities law, publicly-traded corporations ("reporting issuers") are required to publicly disclose any "material change," including the public filing of "material contracts" such as acquisition agreements. These agreements are filed on SEDAR as part of the company's legal disclosure obligations. Since essentially any acquisition of a public company is a "material change" with respect to that company, but not all acquisitions *by* public companies are a material change with respect to the buyer, acquisition agreements are more widely available for acquisitions of public companies. For both consistency and convenience, I therefore limited the sample to public company acquisitions.

⁵⁵ Sample 2 contains a small minority of signed but unconsummated transactions.

⁵⁶ See *supra* note 54 (This sample was limited to public targets). *Ibid* (Capital IQ does not identify all acquisitions of public companies.)

⁵⁷ A "reverse takeover" is a public securities offering in which an operationally defunct but registered public company "acquires" a private company (or *vice versa*) in order to provide access to the public securities market. Reverse takeovers are not unlike Special Purpose Acquisition Company transactions.

saction. Given the limitations of Capital IQ's classification system, this two-sample design was intended to ensure coverage of both (1) large, economically salient M&A transactions and (2) the smaller, more speculative transactions that make up much of the Canadian M&A market.⁵⁸ Finally, to draw comparisons with the United States, I also compared the qualitative language of fiduciary out provisions in the 10 largest Canadian and 10 largest U.S. transactions over the past 20 years.

Analysis of both samples followed the same procedure: after creating each sample, a research assistant and I recorded several variables for each transaction and attempted to find the related acquisition agreement. If a particular acquisition agreement was unavailable on Capital IQ, we searched for it on SEDAR using the LexisNexis Securities Mosaic.⁵⁹ Once located, we reviewed each acquisition agreement for a fiduciary out provision. If an agreement contained a fiduciary out, we recorded the language of the provision and coded it for whether: (1) the fiduciary out is contingent upon directors' exercise of their fiduciary duties; (2) the fiduciary out can be triggered by an alternative transaction that is more favorable to the financial interests of shareholders; and (3) the fiduciary out can be triggered by an alternative transaction that is more favorable to one or more stakeholder interests (including the interests of "the corporation"). In most agreements, the interests capable of triggering the fiduciary out are set forth in the definition of "Superior Proposal," "Superior Offer," or another similar term. For the sake of convenience, I refer to fiduciary out provisions together with their related definitional terms (e.g., "Superior Proposal") as "fiduciary outs" for the remainder of this article.

Unfortunately, acquisition agreements could not be located for all transactions. According to the Canadian Securities Administrators, reporting issuers often fail to file material contracts, despite their legal obligation to do so.⁶⁰ Unsurprisingly, agreements relating to smaller transac-

⁵⁸ As reflected in Sample 2, the Canadian securities markets are highly skewed toward microcap companies. Many of the transactions in Sample 2 appear to be speculative acquisitions of early-stage mining, energy, and technology companies.

⁵⁹ Not all filed acquisition agreements were available on Capital IQ. There was no clear pattern or explanation as to why Capital IQ includes certain acquisition agreements but not others.

⁶⁰ See e.g. *CSA Staff Notice 51-344 – Continuous Disclosure Review Program Activities for the fiscal year ended March 31, 2015*, (2015) 38:28 OSCB 6343 at 6353; *CSA Staff Notice 51-346 – Continuous Disclosure Review Program Activities for the fiscal year ended March 31, (2016) 39:29 OSCB 6599 at 6610*; *CSA Staff Notice 51-355 – Continuous Disclosure Review Program Activities for the Fiscal Years Ended March 31, 2018 and March 31, 2017*, (2018) 41:29 OSCB 5852 at 5854. Since acquisition agreements are filed only after a transaction has been disclosed, and since public acquisition agreements rarely include indemnification provisions, the agreements themselves are not particu-

tions were less likely to be properly filed than agreements relating to larger transactions. In Sample 1, 93 agreements out of 100 transactions could be located; in Sample 2, only 1,188 agreements out of 2,078 transactions could be located. For Sample 2, three factors appear to influence whether a given agreement was filed. First, reverse takeovers are less likely to include filed agreements: Only 48.1%⁶¹ of reverse takeover transactions include a filed agreement, compared to 69.1% of traditional M&A transactions. Second, transactions on larger securities exchanges are more likely to include filed agreements: Approximately 88.9% of acquisitions on the Toronto Stock Exchange ("TSX") include a filed acquisition agreement, compared to only 55.7% of acquisitions on the smaller TSX Venture Exchange ("TSXV") and 53.2% on the Canadian Stock Exchange ("CSE"). The vast majority of transactions in Sample 2 are acquisitions on the TSXV (reflecting the prominence of microcap corporations in the Canadian securities markets). The third factor appearing to influence the availability of acquisition agreements is the transaction's vintage. Older transactions are less likely to include filed acquisition agreements than more recent transactions.⁶² To take the first and last full years of Sample 2, only 52.1% of transactions from 2002 include a filed acquisition agreement, compared to 82.7% of transactions from 2020. Agreements in Sample 1 were more consistently available across all years.

B. The Legal Content of Fiduciary Outs

Not all acquisition agreements contain fiduciary outs. Although 95.7% of the agreements in Sample 1 (89 agreements) contain fiduciary outs, only 58.4% of the agreements in Sample 2 (694 agreements) contain fiduciary outs. In Sample 2, reverse takeovers are less likely to include fiduciary outs: only 44.3% (257 agreements) versus 73.6% (437 agreements) for traditional M&A transactions.⁶³ Acquisitions of corporations listed on the TSX are more likely to contain fiduciary outs than acquisitions on the TSXV or CSE: In Sample 2, approximately 83.9% of acquisitions on the TSX (177 agreements) contain fiduciary outs, compared to 54% (442

larly salient for disclosure purposes. This may explain why they are sometimes missing from SEDAR filings.

⁶¹ All percentages are rounded to the nearest tenth.

⁶² This difference across time was unsurprising, and is likely to be due to improvements in filing technology and ease of enforcement.

⁶³ This likely reflects the fact that many acquisition agreements in reverse takeover transactions are unnegotiated *pro forma* agreements.

agreements) on the TSXV and 53.3% on the CSE (49 agreements).⁶⁴ The prevalence of fiduciary outs is consistent over time, with no significant increase or decrease over the period. The legal content of fiduciary outs in each sample is described below:

1. Sample 1

Approximately 94.4% of fiduciary outs (84 agreements) in Sample 1 are contingent upon directors' exercising their fiduciary duties. The language of these provisions allows directors to pursue an alternative transaction only if doing so is consistent with or, more typically, *required* by their fiduciary duties. A textual association between fiduciary duties and pursuing a "Superior Offer" (or similar concept) is nearly universal.

Significantly, 98.9% of fiduciary outs (88 agreements) in Sample 1 are explicitly contingent upon benefiting shareholders' financial interests — note that this percentage is even higher than provisions that reference fiduciary duties. The following language in the acquisition agreement regarding CNOOC Limited's acquisition of Nexen Inc. is representative of Sample 1:

[A 'Superior Proposal' is an 'Acquisition Proposal'] in respect of which the Board and any relevant committee thereof determines, in its good faith judgment, after receiving the advice of its outside legal counsel and its financial advisors and after taking into account all the terms and conditions of the Acquisition Proposal, including all legal, financial, regulatory and other aspects of such Acquisition Proposal and the party making such Acquisition Proposal, would, if consummated in accordance with its terms, but without assuming away the risk of noncompletion, result in a transaction which is more favourable, from a financial point of view, to Common Shareholders than the Arrangement (including any amendments to the terms and conditions of the Arrangement proposed by the Purchaser pursuant to Section 5.4(2)).⁶⁵

The language of "more favourable, from a financial point of view, to Common Shareholders" (and variations thereon) is the most common

⁶⁴ This is consistent with an expectation that larger transactions are more likely to feature fiduciary outs. The larger the target, the greater the economic stakes, and the greater the importance of including a fiduciary out.

⁶⁵ "Arrangement Agreement among CNOOC Limited, CNOOC Canada Holding Ltd and Nexen Inc" (23 July 2012), s 1.1, online (pdf): *Securities and Exchange Commission* <www.sec.gov> [perma.cc/68BC-YW6J]. The quoted language is taken from the Arrangement Agreement's defined terms section. Pursuant to s 5.4(1)(g) of the agreement, the board's fiduciary duties require recommendation of a "Superior Proposal."

phraseology found in “Superior Proposal” definitions.⁶⁶ The legal effect of this language is that in order for directors to pursue an alternative transaction, the transaction must provide greater financial value to shareholders. Thus, Canadian law notwithstanding, Canadian acquisition agreements entail a *Revlon*-like understanding of fiduciary duties. Indeed, only a single agreement in Sample 1 makes any reference to stakeholder interests.⁶⁷

Since Canadian fiduciary duty law is often contrasted with that of the United States, I also performed a qualitative comparison of fiduciary out language in each of the 10 largest Canadian and 10 largest U.S. M&A transactions over the past 20 years. The results of this comparison—in the form of the operative language of each agreement—are set forth in the attached Appendix. As the language in the Appendix shows, the drafting of fiduciary outs in the United States and Canada is extremely similar, with almost identical language used to describe the fiduciary “out” itself. In particular, the requirement that a “Superior Proposal” be “more favorable, from a financial point of view, to shareholders” (or equivalent language) is standard in both countries.⁶⁸ The reasons for this similarity are discussed in Part IV, but suffice it to say, there is little difference between Canadian and U.S. fiduciary outs.

2. Sample 2

Approximately 95% of fiduciary outs (659 agreements) in Sample 2 refer to directors’ fiduciary duties. As in Sample 1, the majority of these provisions allow directors to pursue an alternative transaction only if doing so is *required* by their fiduciary duties. Although reverse takeover agreements are slightly less likely to refer to fiduciary duties than traditional M&A agreements (93.4% versus 95.9%), the prevalence of fiduciary

⁶⁶ Indeed, similar language is used in the agreement to acquire BCE Inc., which led to the *BCE* litigation.

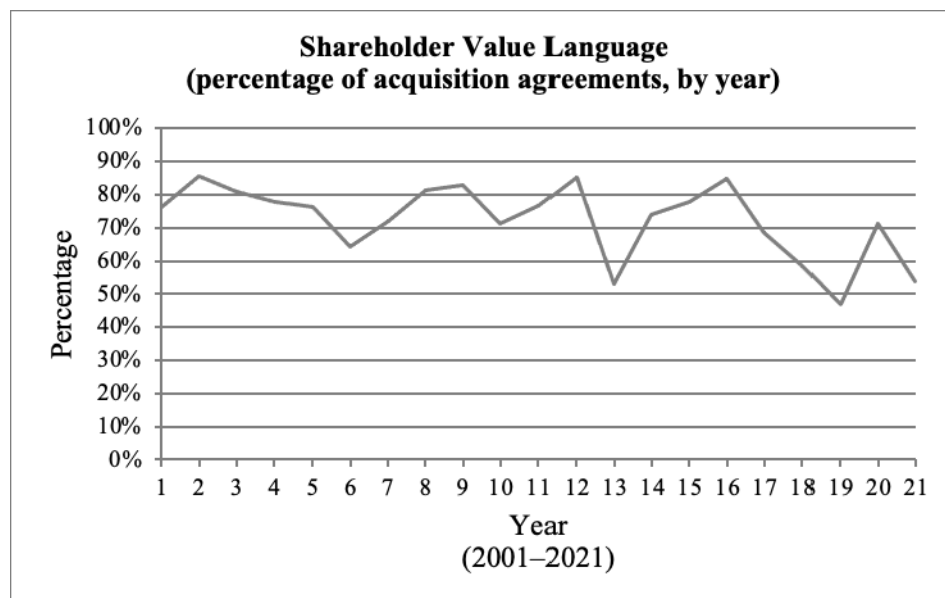
⁶⁷ The fiduciary language of the “Merger Agreement between the London Stock Exchange Group Plc and TMX Group Inc”, *supra* note 28 s 1.1 references “the interests of all of the stakeholders of the Party, including capital market participants, employees and the community in which the Party operates.” Perhaps tellingly, this transaction was never consummated, as the parties were unable to secure the approval of the target shareholders. TMX Group Inc.’s shareholders did accept a rival (higher value) tender offer from Maple Group Acquisition Corp (see generally Euan Rocha, “Maple bid for TMX wins shareholder approval”, *Reuters* (31 July 2012), online: <<https://www.reuters.com/article/us-tmx-maple/maple-bid-for-tmx-wins-shareholder-approval-idINBRE87003I20120801/>> [perma.cc/UX6V-3BY6]).

⁶⁸ Although the Appendix is limited to 10 transactions for each country, nearly every agreement in Sample 1 contains similar language.

language is otherwise consistent across transaction types, securities exchanges, and time.

Approximately 69.3% of all fiduciary outs (481 agreements) are explicitly contingent upon benefiting shareholders' financial interests.⁶⁹ This percentage is higher for non-reverse takeover transactions and for acquisitions of corporations listed on the TSX: 83% (361 agreements) and 91% (161 agreements), respectively. Remarkably, not a single agreement in Sample 2 references stakeholder interests.

By tracking changes over time, I specifically investigated whether *Peoples*, *BCE*, and the amendments to the *CBCA* have affected the content of fiduciary outs. One might hypothesize that legal practitioners would respond to these developments (1) by eliminating the strict requirement of financially benefiting shareholders (to better conform contractual practice to the law), (2) by *emphasizing* this requirement (so as to “counteract” the law), or (3) by expanding fiduciary outs to cover broader stakeholder interests. As it turns out, however, *Peoples*, *BCE*, and the amendments to the *CBCA* have not significantly affected fiduciary outs. The graph below shows the total percentage of fiduciary outs containing exclusive shareholder value language over the 20-year period.⁷⁰



⁶⁹ E.g., “more favorable, from a financial point of view, to shareholders.”

⁷⁰ There is little reason for a similar graph depicting the contents of Sample 1, as all but one of the fiduciary outs in Sample 1 is based on shareholder language.

As seen in the graph above, there appears to be a slight downward trend in fiduciary outs containing shareholder value language. However, the timing of this pattern is not related to any specific legal change and is more likely due to annual variation in the number of reverse takeovers, which are less likely to include shareholder value language. Ultimately, there is nothing in the data from either sample providing any indication that legal changes have affected the drafting of fiduciary outs.

III. Discussion and Analysis

The data reveal a discrepancy between the theory and practice of fiduciary duties. Despite the fact that Canadian directors may legally consider stakeholder interests—and, prior to 2019, operated under a legal framework implying an *obligation* to consider stakeholder interests—fiduciary outs in Canadian M&A almost universally privilege shareholder value. This Part IV discusses why corporate practice diverges from the “law in books,”⁷¹ and why directors are principally concerned with the financial interests of shareholders.

A. *Explaining the Content of Fiduciary Outs*

If the law allows directors to consider “employees, suppliers, creditors, consumers, governments and the environment,” then why do fiduciary outs focus exclusively on shareholders? As prior scholars have suggested, there are a number of reasons to expect shareholder value to remain the lodestar for directors.⁷² In the context of fiduciary outs, I suggest five specific reasons, each of which are primarily grounded in business and economic factors, but which are also shaped by the broader legal context. These reasons are: (1) the exclusive role of shareholders in electing (and removing) directors; (2) fear of shareholder litigation; (3) a cultural and professional commitment to maximizing shareholder value; (4) the unwillingness of buyers to accept broad fiduciary outs; and (5) the mimetic influence of U.S. law firms.

First, under basic corporate law principles, shareholders hold the power to elect the board of directors.⁷³ Under Canadian law, shareholders

⁷¹ The practical distinction between law in books and law in action was (arguably) first identified in Roscoe Pound, “Law in Books and Law in Action” (1910) 44 Am L Rev 12.

⁷² For example, Edward Iacobucci has argued that the discretionary nature of the business judgement rule gives directors broad latitude to consider shareholder interests (*supra* note 14 at 242). See also Edward M Iacobucci, “Directors’ Duties in Insolvency: Clarifying What Is at Stake” (2003) 39:3 Can Bus LJ 398 at 399, 410–11.

⁷³ See e.g. *CBCA*, *supra* note 9, s 106(3) (and equivalent provisions of the provincial corporations acts).

can also remove directors at any time at a special meeting of shareholders.⁷⁴ No stakeholder group plays any role in choosing directors. Given that directors are, in a significant sense, accountable to shareholders, it is unsurprising that directors choose to prioritize shareholder interests.⁷⁵ In extreme cases, a board of directors that consistently fails to maximize shareholder value will eventually be replaced, typically through one of two market mechanisms. First, an activist investor or dissident shareholder may remove the board through a proxy contest,⁷⁶ or second, the firm's low stock price (caused by selling on the part of dissatisfied shareholders) may attract a hostile takeover bid.⁷⁷ Either way, the board will be replaced by new directors who are more amenable to shareholder interests. Indeed, the very fact that proxy contests and hostile takeovers are relatively rare may be evidence of their disciplining effect.⁷⁸

If anything, accountability to shareholders is even stronger outside the M&A context. In the context of M&A transactions, self-interested directors may welcome the flexibility to consider stakeholder concerns.⁷⁹ The greater the flexibility to consider stakeholder interests, the greater the opportunity for directors to pursue their own interests.⁸⁰ That directors are constrained by fiduciary outs to consideration of shareholder interests speaks to the economic and practical realities of the market for

⁷⁴ See e.g. *CBCA*, *supra* note 9, s 109(1) (and equivalent provisions of the provincial corporations acts).

⁷⁵ See Smith & Rönnegard, *supra* note 4 at 468.

⁷⁶ See Vyacheslav Fos, "The Disciplinary Effects of Proxy Contests" (2017) 63:3 Management Science 655. For a discussion of recent developments in Canadian proxy contests, see Alex Moore & Jennifer Crawford, "The Shareholder Rights and Activism Review: Canada" (18 August 2022), online (blog): *The Law Reviews* <thelawreviews.co.uk/title/the-shareholder-rights-and-activism-review/canada>.

⁷⁷ See Henry G Manne, "Mergers and the Market for Corporate Control" (1965) 73:2 J Political Economy 110 at 112. See also B Espen Eckbo, "Mergers and the Market for Corporate Control: The Canadian Evidence" (1986) 19:2 Can J Economics 236.

⁷⁸ For a general discussion of changes to the corporate management paradigm and their implications for the incidence of hostile transactions, see Bengt Holmstrom & Steven N Kaplan, "Corporate Governance and Merger Activity in the United States: Making Sense of the 1980s and 1990s" (2001) 15:2 J Economic Perspectives 121.

⁷⁹ In this context, it is important to keep in mind that negotiating a fiduciary out provision is the final step in a decision-making process in which directors have already considered stakeholders. Boards of directors are counseled on their broad duties to "the corporation" before finalizing a transaction (and before agreeing to a deal at all). Canadian directors are under no specific obligation to accept an acquisition that benefits shareholders. Thus, what the data cannot reveal is the extent to which stakeholder considerations influence the decision to enter a transaction in the first instance.

⁸⁰ An alternative bidder might "bribe" directors by offering them indirect financial benefits or a continuing role in the successor company, for example. Directors might justify choosing such an offer in terms of protecting stakeholder interests.

corporate control (discussed below), but it also underscores corporate directors' fundamental accountability to shareholders. Without an effective stakeholder accountability mechanism (such as voting), there is little reason to expect directors to meaningfully protect stakeholder interests.

Second, directors fear shareholder litigation resulting from non-value maximizing decisions. This fear is less pressing in Canada than the United States, partly due to the broader conception of fiduciary duties. Since directors enjoy greater latitude to protect non-shareholder interests, they can more easily defend managerial decisions that reduce shareholder value. In addition, class actions are less common in Canada for a number of institutional reasons, including the "English rule" of cost shifting, lower damages awards, and lower counsel fees for plaintiff attorneys.⁸¹ In combination, these factors mean that Canadian directors are less subject to shareholder litigation than their American counterparts. Fiduciary duty lawsuits exist in Canada, but they are less often class actions and more often individual lawsuits. Given the concentrated ownership structure of many public corporations in Canada, controlling shareholders have strong incentives to sue (or simply replace) disloyal directors.⁸²

In addition to fiduciary duty claims, Canadian law also provides the oppression remedy.⁸³ The oppression remedy is a statutory remedy used to prevent corporate action that is "oppressive or unfairly prejudicial to or that unfairly disregards the interests of any security holder, creditor, director or officer."⁸⁴ It is a powerful tool that allows shareholders to directly challenge corporate decisions.⁸⁵ Although the oppression remedy is an equitable remedy,⁸⁶ and thus rarely results in monetary damages, it is taken seriously by directors when considering strategic alternatives. The oppression remedy is not limited to shareholders—it explicitly extends to creditors⁸⁷—but it does not protect the full range of interests encompassed

⁸¹ See Garry D Watson, "Class Actions: The Canadian Experience" (2001) 11:2 *Duke J Comp & Intl L* 269.

⁸² Of course, the reality of concentrated ownership means that directors are often loyal to controlling shareholder interests.

⁸³ See *CBCA*, *supra* note 9, s 241 (and equivalent provisions of the provincial corporations acts).

⁸⁴ *CBCA*, *supra* note 9, s 241(2).

⁸⁵ See Stanley M Beck, "Minority Shareholders' Rights in the 1980s" in *Special lectures of the Law Society of Upper Canada: Corporate Law in the '80s*, (Don Mills (ON): Richard De Boo, 1982) 311 at 312–13 (where Beck refers to the oppression remedy as "the broadest, most comprehensive and most open-ended shareholder remedy in the common law world").

⁸⁶ See *BCE*, *supra* note 9 at para 58.

⁸⁷ See *BCE*, *supra* note 9 (*BCE*, which was brought by creditors, is Canada's most famous oppression case).

by the fiduciary duty.⁸⁸ This means that when directors face a decision that pits shareholders against non-creditor stakeholders (employees, for example),⁸⁹ they are more likely to favor shareholders, who are empowered to vindicate their interests.⁹⁰

Third, despite academic and political criticism of shareholder wealth maximization,⁹¹ shareholder primacy has been widely embraced by professional corporate managers.⁹² The reasons are both cultural and economic. From a cultural standpoint, the business professionals who fill the ranks of boards of directors and executive management are socialized within a network of business schools, professional organizations, and financial and accounting advisors that emphasize maximizing investor returns.⁹³ Many corporate managers view this objective as their central professional responsibility.⁹⁴ It is also what they get paid to do. Since managers are hired, fired, and compensated based on financial performance metrics, it is unsurprising that financial outcomes are what managers choose to prioritize. Indeed, most officers and directors are compensated primarily with stock options, which provide enormous personal financial

⁸⁸ See Vanduzer, *supra* note 14 at 251–52.

⁸⁹ Although value maximizing transactions often benefit *all* stakeholders, stark tradeoffs between shareholder value and the interests of stakeholders such as creditors, employees, and local communities are not uncommon in M&A transactions (see e.g. *BCE*, *supra* note 9).

⁹⁰ Note, however, that at least one case has found that shareholders did not have “reasonable expectations” (“*des attentes raisonnables*”) under the oppression remedy that the board of directors would seek to maximize share value. See *Brassard c Forget*, [2010] 2010 QCCS 1530 at paras 158–161.

⁹¹ See e.g. Sarah Cliffe, “The CEO View: Defending a Good Company from Bad Investors”, *Harvard Business Review* 95:3 (1 May 2017) 61 at 63, online: <www.hbr.org> [perma.cc/B3SC-TD7W]; John Friedman, “Milton Friedman Was Wrong About Corporate Social Responsibility”, *Huff Post* (12 June 2013), online: <www.huffpost.com> [perma.cc/RJ69-FWQN]; Chuck Schumer & Bernie Sanders, “Schumer and Sanders: Limit Corporate Stock Buybacks”, *The New York Times* (3 February 2019), online: <www.nytimes.com> [perma.cc/APS7-3VD7]; Lynn Stout, *The Shareholder Value Myth: How Putting Shareholders First Harms Investors, Corporations, and the Public* (San Francisco: Berrett-Koehler, 2012); Jerry Useem, “The Stock-Buyback Swindle”, *The Atlantic* (last modified 26 July 2019), online: <www.theatlantic.com> [perma.cc/SPU4-W3SN].

⁹² See Smith & Rønnegard, *supra* note 4 at 468.

⁹³ See Edward W Miles, “The Purpose of the Business School: Alternative Views and Implications for the Future” (Cham, Switzerland: Palgrave Macmillan, 2019) at 13, online (pdf) *Brookings Institution* <www.brookings.com> [perma.cc/R5GD-7FSK]; Lynn Paramore, “How MBA Programs Drive Inequality” (7 July 2016), online (blog): *Institute for New Economic Thinking* <ineteconomics.org/perspectives/blog/how-mba-programs-drive-inequality>; Darrell West, *The Purpose of the Corporation in Business and Law School Curricula*, (Governance Studies at Brookings, 2011).

⁹⁴ See Smith & Rønnegard, *supra* note 4 at 471.

gains in high-value acquisitions. Although there has recently been an increase in the rhetoric of corporate social responsibility,⁹⁵ there is little evidence this rhetorical shift has meaningfully affected corporate governance, or that managers are willing to sacrifice profits for the benefit of stakeholder groups.⁹⁶

Fourth, the structure of the M&A market itself is such that buyers are unwilling to accept broad fiduciary outs. Since fiduciary outs are a specific exception to negotiated deal protections, buyers insist that they be drafted narrowly. A fiduciary out that encompasses transactions that are more favorable to *stakeholders* would allow too much optionality on the part of the seller and create unacceptable uncertainty for the buyer.⁹⁷ Assumedly, a buyer would only accept such uncertainty at a significantly reduced price, resulting in less value for shareholders—exactly the outcome that directors seem motivated to avoid. The fact that the content of fiduciary outs is so consistent across Sample 1, and that any variation in Sample 2 appears unrelated to market cycles, suggests that inclusion of a fiduciary out provision focusing exclusively on shareholder value (combined with a breakup fee) has become a stable market equilibrium.

Finally, it seems clear that U.S. legal practice has influenced the Canadian market. Contractual provisions and drafting language are transmitted through the M&A market in a process of mimesis, as law firms adopt each other's contractual innovations.⁹⁸ Eventually, the legal, business, and financial communities settle on an accepted standard. In an increasingly globalized legal industry, these standards often cross national lines—and given the enormous size and influence of the largest U.S. law firms, the structural similarities between the U.S. and Canadian legal systems, and the significant interconnectedness of the two countries' economies, the practices of large U.S. law firms have a major influence in Canada.⁹⁹ This may be why fiduciary outs that seem tailored to Delaware

⁹⁵ See e.g. "Statement on the Purpose of a Corporation" (19 August 2019), online (pdf): *Business Roundtable* <opportunity.businessroundtable.org/ourcommitment/>.

⁹⁶ See Smith & Rønnegard, *supra* note 4 at 468.

⁹⁷ See Velasco, *supra* note 36 at 170, 181–82.

⁹⁸ Note that this adoption process can be highly imperfect, reproducing "mismatched text, ill-fitting terms, anachronisms, and outright errors" (Robert Anderson IV, "Path Dependence, Information, and Contracting in Business Law and Economics" (2019) 2020:3 *Wis L Rev* 553 at 558, 571). This may partly explain why Canadian acquisition agreements often contain U.S.-style fiduciary outs.

⁹⁹ For evidence of this phenomenon in the context of corporate governance, see Anita I Anand, Frank Milne & Lynnette D Purda, "Domestic and International Influences on Firm-Level Governance: Evidence from Canada" (2012) 14:1 *Am L & Econ Rev* 68.

law have been adopted in Canada essentially unchanged.¹⁰⁰ In this context, it is also important to emphasize the role of Canadian law firms, many of which are themselves influential market actors. If Canadian practitioners truly believed that broadening fiduciary outs were necessary to protect their clients, they would insist on doing so. The fact that they do not speaks to the lack of meaningful stakeholder protections under Canadian law.

B. The Scope of Directors' Duties

Fiduciary outs are only part of the story when it comes to the meaning of fiduciary duties. Given that they address business situations that are by definition out of the ordinary, fiduciary outs have limited bearing on corporate governance in more ordinary circumstances. When it comes to longer-term issues such as strategic planning, financial policy, and relationships with employees, suppliers, and customers, corporate managers have greater scope to consider stakeholder interests. From a legal perspective, since directors owe their fiduciary duties to “the corporation”—an abstract concept which potentially includes a wide array of corporate constituencies—directors enjoy broad discretion in the weighing and balancing of stakeholder concerns.¹⁰¹ If shareholders were to complain, the business judgement rule shelters any reasonable determination as to the best interests of the corporation.¹⁰² Even the oppression remedy, ostensibly a shareholder protection measure, has been diluted by the Supreme Court’s fiduciary duty jurisprudence. By conflating the oppression remedy with the fiduciary duty in *BCE*, the Court has limited the protective scope of the oppression remedy itself.¹⁰³ According to *BCE*’s conception of the oppression remedy’s “reasonable expectations” test, shareholders may only “reasonably expect” that directors “act in the best interests of the corporation,” the same open-ended standard that exists under the fiduciary duty.¹⁰⁴

That said, the incentives that limit fiduciary outs to shareholder interests are even stronger outside the M&A context. Although the sale of a corporation is a focal point for management attention to shareholder va-

¹⁰⁰ See Anderson, *supra* note 98 at 557–62, 571.

¹⁰¹ See *BCE*, *supra* note 9 at paras 39–40.

¹⁰² See *ibid* at para 40.

¹⁰³ See Hutchison, *supra* note 14 at 190–92.

¹⁰⁴ See *BCE*, *supra* note 9 at paras 60–66. Note, however, that *BCE* approves the trial judge’s ruling that creditors “could not reasonably expect BCE to reject a transaction that maximized shareholder value” (*ibid* at paras 162–63). Note also that subsequent case law has reemphasized the distinction between the fiduciary duty and the oppression remedy. See e.g. *Rea v Wildeboer*, 2015 ONCA 373 at paras 44–47.

lue, the structure of corporate democracy and the reality of public financial markets exert strong pressure on directors to prioritize shareholders in all circumstances. And although shareholder and stakeholder interests can certainly be aligned, any board that consistently sacrifices shareholder value to other interests will eventually be replaced. The reality is that in a system of corporate governance that assigns final control to shareholders, and in a capitalist economic system in which shareholders are primarily motivated by profit, there is little reason for directors to prioritize anything else. Ultimately, the legal definition of fiduciary duties may be less important than it appears.

Conclusion

Fiduciary outs reveal the practical limits of fiduciary duties. The purpose of fiduciary outs is to accommodate directors' legal obligations, which means their language reflects practical understandings of those obligations' boundaries. If directors believe their fiduciary duties are primarily owed to shareholders, then fiduciary outs will be targeted to maximizing shareholder value. If, however, directors believe they owe enforceable duties to a plurality of stakeholder groups, then stakeholders will be encompassed in the drafting of fiduciary outs.

The data presented in this article suggest that directors do not believe they owe enforceable duties to stakeholders. The vast majority of fiduciary out provisions are drafted such that directors may only consider alternative transactions that provide greater value to shareholders, irrespective of stakeholder interests. If directors and their legal counsel really believed that directors owe enforceable duties to, e.g., employees, suppliers, creditors, consumers, governments, and the environment, then they would include those interests as factors to consider in evaluating alternative offers. The fact that they do not is strongly suggestive of a legal risk assessment that the danger of successful stakeholder litigation is remote.¹⁰⁵ In a sense, this assessment is supported by *BCE* itself, in which directors were deemed to have fulfilled their duties by merely "considering" creditors' interests.¹⁰⁶

Ultimately, this article shows how formal law and practical realities can diverge. Many commentators have emphasized *BCE*'s reconceptualization of fiduciary duties, with the implication that Canadian law empo-

¹⁰⁵ Whereas shareholders can bring successful fiduciary duty and oppression claims.

¹⁰⁶ Following *BCE*, public company boards are counseled to "consider" stakeholder interests (and to document such consideration). Since stakeholder interests are almost never protected by fiduciary out provisions, it would appear that such considerations are window dressing, at least in the M&A context.

wers directors to protect stakeholders.¹⁰⁷ In the context of M&A transactions, however, this is not a practical reality. During a change of control, directors contractually bind themselves from considering transactions that do not maximize shareholder value, regardless of stakeholder interests. This practice raises serious questions as to the relevance of fiduciary duties to non-shareholder constituencies. It also has broader implications for corporate social responsibility: Despite the formal allowances of Canadian law, structural economic factors make it exceedingly unlikely that directors meaningfully or consistently pursue corporate objectives other than profits. To the extent we desire corporations to serve a broader vision of the common good (a question I leave unaddressed for purposes of this article), we may require stronger measures than fiduciary duties.

¹⁰⁷ See e.g. Carol Hansell, “Putting Climate Change Risk on the Boardroom Table” (25 June 2020) at 16–17, online (pdf): *Hansell LLP* <www.hanselladvisory.com> [perma.cc/J936-39EA].

Appendix: “Superior Proposal” Language

The tables below include contractual language relating the concept of “Superior Proposal” (or a similar term) to the interests of shareholders in the 10 largest signed M&A transactions in Canada and the United States over the past 20 years.¹⁰⁸ Note that while some agreements reference fiduciary duties in the definition of Superior Proposal itself, most agreements refer to fiduciary duties (as they relate to a Superior Proposal) in a separate section of the agreement.

¹⁰⁸ Note that this table includes both consummated and unconsummated transactions.

Canada	United States
1. “Definitive Agreement” between 6796508 Canada Inc and BCE Inc made as of June 29, 2007 (\$48.8 billion). “SUPERIOR PROPOSAL” shall mean any written Acquisition Proposal: [. . .] (v) that the Board determines, in its good faith judgment, after receiving the advice of its outside legal and financial advisors and after taking into account all the terms and conditions of the Acquisition Proposal, is on terms and conditions that are more favourable from a financial point of view to the Affected Shareholders than those contemplated by this Agreement (after taking into account for greater certainty any modifications to this Agreement proposed by the Purchaser as contemplated by Section 5.2).;	1. <i>Agreement and Plan of Merger by and among The Dow Chemical Company, Diamond-Orion Holdco, Inc, Diamond Merger Sub, Inc, Orion Merger Sub, Inc, and E.I. Du Pont de Nemours and Company, dated as of December 11, 2015 (\$130 billion).</i> For purposes of this Agreement, an “<u>Orion Superior Proposal</u>” means any bona fide written proposal (on its most recently amended or modified terms, if amended or modified) made by an Orion Third Party to enter into an Orion Alternative Transaction (with all references to 20% in the definition of Orion Alternative Transaction being treated as references to 50% for these purposes) that (A) did not result from a material breach of <u>Section 5.2(a)</u>, (B) is on terms that the Board of Directors of Orion determines in good faith (after consultation with outside counsel and a financial advisor of nationally recognized reputation) to be superior from a financial point of view to Orion’s stockholders than the transactions contemplated by this Agreement, taking into account all relevant factors (including any changes to this Agreement that may be proposed by Diamond in response to such proposal to enter into an Orion Alternative Transaction and the identity of the person making such proposal to enter into an Orion Alternative Transaction), and (C) is reasonably likely to be completed, taking into account all financial, regulatory, legal and other aspects of such proposal. In addition, notwithstanding anything in this Agreement to the contrary, at any time prior to the receipt of the Orion Stockholder Approval, if the Board of Directors of Orion determines in good faith (after consultation with outside counsel and a financial advisor of nationally recognized reputation) that the failure to do so would be reasonably likely to be inconsistent with its fiduciary duties under Applicable Law, the Board of Directors of Orion may effect an Orion Recommendation Change in response to any Orion Intervening Event, but only at a time that is after the fourth business day following Diamond’s receipt of written notice from Orion advising Diamond of all material information with respect to any such Orion Intervening Event and stating that it intends to make an Orion Recommendation Change and providing its rationale therefor [emphasis in original].

2. Arrangement Agreement between Rogers Communications Inc and Shaw Communications Inc, dated March 13, 2021 (\$21.3 billion).

“Superior Proposal” means any *bona fide* written Acquisition Proposal made after the date of this Agreement from a Person or group of Persons “acting jointly or in concert” (within the meaning of National Instrument 62-104 – *Take-Over Bids and Issuer Bids*) to acquire not less than all of the outstanding Company Participating Shares or all or substantially all of the assets of the Company on a consolidated basis that: [...] (e) the Company Board determines, in its good faith judgment, after receiving the advice of its outside legal and financial advisors and after taking into account all the terms and conditions of the Acquisition Proposal and other factors deemed relevant by the Company Board (including the Person or group of Persons making such Acquisition Proposal and their affiliates), would, if consummated in accordance with its terms (but without assuming away any risk of non-completion), result in a transaction which is more favourable, from a financial point of view, to each class of the Company Participating Shareholders than the Arrangement (including any amendments to the terms and conditions of the Arrangement proposed by the Purchaser pursuant to Section 5.4(b)).

2. Agreement and Plan of Merger by and among United Technologies Corporation, Light Merger Sub Corp, and Raytheon Company, dated as of June 9, 2019 (\$121 billion).

For purposes of this Agreement, an “UTC Superior Proposal” means any bona fide written proposal (on its most recently amended or modified terms, if amended or modified) made by a UTC Third Party to enter into a UTC Alternative Transaction (with all references to 20% in the definition of UTC Alternative Transaction being treated as references to 50% for these purposes) that (A) did not result from a breach of this Section 5.3(a), (B) is on terms that the Board of Directors of UTC determines in good faith (after consultation with its outside financial advisors and outside legal counsel) to be superior from a financial point of view to UTC’s stockholders than the transactions contemplated by this Agreement, taking into account all relevant factors (including any changes to this Agreement that may be proposed by Raytheon in response to such proposal to enter into a UTC Alternative Transaction and the identity of the person making such proposal to enter into a UTC Alternative Transaction) and (C) is reasonably likely to be completed in accordance with its terms, taking into account all financial, regulatory, legal and other aspects of such proposal, and is not subject to a diligence or financing condition [emphasis in original].

*3. Arrangement Agreement between Sun-
cor Energy Inc and Petro-Canada, dated
March 22, 2009 (\$19.5 billion).*

(1) the third party has first made a written *bona fide* Acquisition Proposal which the board of directors of the Party subject to the Acquisition Proposal determines in good faith: (1) that the funds or other consideration necessary to complete the Acquisition Proposal are or are reasonably likely to be available to fund completion of the Acquisition Proposal at the time and on the basis set out therein; (2) after consultation with its financial advisor(s), would or would be reasonably likely to, if consummated in accordance with its terms, result in a transaction financially superior for shareholders of such Party to the transaction contemplated by this Agreement; (3) after consultation with its financial advisor(s) and outside counsel, is reasonably likely to be consummated at the time and on the terms proposed, taking into account all legal, financial, regulatory and other aspects of such Acquisition Proposal; and (4) after receiving the advice of outside counsel, as reflected in minutes of the board of directors of such Party, that the taking of such action is necessary for the board of directors of the Party subject to the Acquisition Proposal to act in a manner consistent with its fiduciary duties under applicable Laws (a “**Superior Proposal**”) [emphasis in original].

*3. Agreement and Plan of Merger Among
H.J. Heinz Holding Corporation, Kite
Merger Sub Corp., Kite Merger Sub LLC,
and Kraft Foods Group, Inc, dated as of
March 24, 2015 (\$100 billion).*

For purposes of this Agreement, the term “Superior Proposal” means any bona fide written Takeover Proposal, which Takeover Proposal did not result in any material respect from a breach of this Section 5.05, made by a third party and which, if consummated, would result in such third party (or in the case of a direct merger between such third party and Kraft, the shareholders of such third party) acquiring, directly or indirectly, more than 50% of the voting power of the Kraft Common Stock or more than 50% of the consolidated assets of Kraft and the Kraft Subsidiaries (based on the fair market value thereof), including in any such case through the acquisition of one or more Kraft Subsidiaries owning such assets, for consideration consisting of cash and/or securities that the Kraft Board or any committee thereof determines in good faith (after consultation with its financial advisor and outside counsel) is more favorable to Kraft’s shareholders from a financial point of view than the Transactions, taking into account any changes to the terms of the Transactions irrevocably proposed by Heinz in response to such offer or otherwise and all legal, regulatory, financial and other aspects of such proposal and of this Agreement deemed relevant by the Kraft Board or any such committee in good faith [emphasis in original].

4. *Arrangement Agreement among CNOOC Limited, CNOOC Canada Holding Ltd., and Nexen Inc, dated July 23, 2012 (\$19.2 billion).*

“**Superior Proposal**” means any unsolicited *bona fide* written Acquisition Proposal from a Person who is an arm’s length third party made after the date of this Agreement [. . .] (vi) in respect of which the Board and any relevant committee thereof determines, in its good faith judgment, after receiving the advice of its outside legal counsel and its financial advisors and after taking into account all the terms and conditions of the Acquisition Proposal, including all legal, financial, regulatory and other aspects of such Acquisition Proposal and the party making such Acquisition Proposal, would, if consummated in accordance with its terms, but without assuming away the risk of non-completion, result in a transaction which is more favourable, from a financial point of view, to Common Shareholders than the Arrangement (including any amendments to the terms and conditions of the Arrangement proposed by the Purchaser pursuant to Section 5.4(2)) [emphasis in original].

4. *Agreement and Plan of Merger dated as of August 1, 2018 by and among LE GP LLC, Energy Transfer Equity, LP, Streamline Merger Sub, LLC, Energy Transfer Partners, LLC, and Energy Transfer Partners, LP (\$90 billion).*

“ETP Superior Proposal” means a bona fide unsolicited written offer, obtained after the date of this Agreement and not in breach of Section 5.3 (other than an immaterial breach), to acquire, directly or indirectly, 80% or more of the outstanding equity securities of ETP or 80% or more of the assets of ETP and its Subsidiaries on a consolidated basis, made by a third party (other than ETE or any of its Affiliates), which is on terms and conditions which the ETP Managing GP Board determines in its good faith to be (i) reasonably capable of being consummated in accordance with its terms, taking into account legal, regulatory, financial, financing and timing aspects of the proposal, and (ii) if consummated, more favorable to the ETP Unitholders (in their capacity as ETP Unitholders) from a financial point of view than the transactions contemplated hereby, taking into account at the time of determination any changes to the terms of this Agreement that as of that time had been committed to by ETE in writing.

5. Arrangement Agreement between Potash Corporation of Saskatchewan Inc and Agrium Inc, dated September 11, 2016 (\$18.7 billion).

“Superior Proposal” means a written bona fide Acquisition Proposal to acquire not less than all of the outstanding PCS Shares or Agrium Shares, as applicable, or all or substantially all of the assets of the Party subject to the Acquisition Proposal, which the board of directors of such Party determines, in good faith:

[. . .]

(b) after consultation with its financial advisor(s), would or would be reasonably likely to, if consummated in accordance with its terms and without assuming away the risk of non-completion, result in a transaction more favourable, from a financial point of view, for shareholders of such Party to the transaction contemplated by this Agreement (including after considering the proposal to adjust the terms and conditions of the Arrangement as contemplated in Section 7.1(c));

[. . .]

(e) after receiving the advice of outside counsel, that the failure by the board of directors to take such action would be inconsistent with its fiduciary duties;

5. Business Combination Agreement by and among Linde Aktiengesellschaft, Praxair, Inc, Zamalight Plc, Zamalight Holdco LLC and Zamalight Subco, Inc, dated as of June 1, 2017 (\$86 billion).

“Superior Proposal” means an unsolicited, bona fide written Acquisition Proposal made after the date of this Agreement that would result in a Person or group becoming the beneficial owner of, directly or indirectly, 80% or more of the total voting power of the equity securities of Linde or Praxair, as the case may be, or 80% or more of the consolidated net revenues, net income or total assets (including equity securities of its Subsidiaries), of Linde or Praxair, as the case may be, that each Linde Board or the Praxair Board, as applicable, has determined in good faith, after consultation with outside legal counsel and its financial advisor, taking into account all legal, financial, financing and regulatory aspects of the proposal, the identity of the Person(s) making the proposal and the likelihood of the proposal being consummated in accordance with its terms, that, if consummated, would result in a transaction (A) more favorable to the shareholders of Linde or stockholders of Praxair, as the case may be, from a financial point of view than the transactions contemplated by this Agreement [. . .].

6. Combination Agreement between Phelps Dodge Corporation and Inco Limited, made and entered into as of June 25, 2006 (\$17 billion).

“Superior Proposal” means an unsolicited bona fide Acquisition Proposal made by a third party to Italy in writing after the date hereof: [. . .] (vi) in respect of which the Italy board of directors determines in good faith (after receipt of advice from its financial advisors with respect to (y) below and outside legal counsel with respect to (x) below) that (x) failure to recommend such Acquisition Proposal to Italy’s shareholders would be inconsistent with its fiduciary duties and (y) such Acquisition Proposal taking into account all of the terms and conditions thereof, if consummated in accordance with its terms (but not assuming away any risk of non-completion), would result in a transaction more favorable to shareholders from a financial point of view than the Arrangement (including any adjustment to the terms and conditions of the Arrangement and this Agreement proposed by Portugal pursuant to Section 5.3(g), and taking into account the long-term value and anticipated synergies anticipated to be realized as a result of the combination of Portugal and Italy).

6. Agreement and Plan of Merger among Time Warner Inc, AT&T Inc, and West Merger Sub, Inc, dated as of October 22, 2016 (\$85.4 billion).

“Superior Proposal” means an unsolicited bona fide Acquisition Proposal made after the date of this Agreement that would result in a Person or group (or their shareholders) becoming, directly or indirectly, the beneficial owner of, all or substantially all of the Company’s consolidated total assets or more than 50% of the total voting power of the equity securities of the Company or the successor Person of the Company, that the Board of Directors of the Company has determined in its good faith judgment is reasonably likely to be consummated in accordance with its terms, taking into account all legal, financial and regulatory aspects of the proposal and the Person or group of Persons making the proposal, and, if consummated, would result in a transaction more favorable to the Company’s stockholders from a financial point of view than the transaction contemplated by this Agreement (after taking into account any revisions to the terms of the transaction contemplated by this Agreement pursuant to Section 6.2(f) of this Agreement and the time likely to be required to consummate such Acquisition Proposal).

7. Arrangement Agreement among UnitedHealth Group Incorporated, 1031387 B.C. Unlimited Liability Company, and Catamaran Corporation, made as of March 29, 2015 (\$14.4 billion).

“Superior Proposal” means, other than the transactions contemplated by this Agreement, a bona fide written Acquisition Proposal (provided that all references therein to “20%” or “80%” shall for purposes of this definition be to “50%”) from any Person or group of Persons that the Board determines, in its good faith judgment, after receiving the advice of its outside legal counsel and its financial advisors and after taking into account all the terms and conditions of the Acquisition Proposal, including all legal, financial, regulatory, timing and other aspects of such Acquisition Proposal, including the likelihood of consummation, the financing terms thereof and the Person making such Acquisition Proposal, if consummated, would result in a transaction which is more favorable to Common Shareholders than the transactions contemplated by this Agreement (after giving effect to any amendments or modifications to the terms of the transactions contemplated by this Agreement that the Parent agrees in writing to make pursuant to Section 5.3(1)(c)).

7. Agreement and Plan of Merger dated as of May 23, 2015 among Time Warner Cable Inc, Charter Communications, Inc, CCH I, LLC, Nina Corporation I, Inc, Nina Company II, LLC, and Nina Company III, LLC (\$78.7 billion).

For purposes of this Agreement, “Company Superior Proposal” means a bona fide, unsolicited written Company Acquisition Proposal for at least a majority of the outstanding shares of Company Stock or all or substantially all of the consolidated assets of the Company and its Subsidiaries that the Board of Directors of the Company determines in good faith, after consultation with a financial advisor of nationally recognized reputation and outside legal counsel and taking into account all material financial, legal, regulatory and other aspects of such proposal, including the terms and conditions of the Company Acquisition Proposal, (x) is on terms and conditions more favorable to the Company’s stockholders than the transactions contemplated hereby (taking into account any proposal by Parent to amend the terms of this Agreement pursuant to Section 6.03(d)) and (y) is reasonably likely to be consummated and, if a cash transaction (whether in whole or in part), has financing, if any, that is then fully committed or reasonably determined to be available by the Board of Directors of the Company.

8. Arrangement Agreement among Repsol SA, TAPBC Acquisition Inc, and Talisman Energy Inc, dated as of December 15, 2014 (\$13.7 billion).

“Superior Proposal” means an unsolicited bona fide written Acquisition Proposal made after the date of this Agreement by a third party or group:

(i) to acquire not less than all of the outstanding Common Shares or all or substantially all of the Company Assets;

[. . .]

(vi) in respect of which the Board and/or any relevant committee thereof determines in good faith (after receipt of advice from an independent financial advisor of nationally recognized reputation with respect to (B) below and outside legal counsel with respect to (A) below) that (A) the failure to recommend such Acquisition Proposal to the Common Shareholders would be inconsistent with its fiduciary duties under applicable Laws and (B) such Acquisition Proposal would, if consummated in accordance with its terms, result in a transaction more favorable to the Common Shareholders, from a financial point of view, than the Arrangement, including any adjustment to the terms and conditions of the Arrangement proposed by the Purchaser Parties pursuant to Section 7.2(h) [Non-Solicitation] of this Agreement;

8. Agreement and Plan of Merger dated as of January 2, 2019 among Bristol-Myers Squibb Company, Burgundy Merger Sub, Inc, and Celgene Corporation (\$74 billion).

“Company Superior Proposal” means any bona fide, written Company Acquisition Proposal (other than a Company Acquisition Proposal which has resulted from a violation of this Section 6.02) (with all references to “twenty percent (20%)” in the definition of Company Acquisition Proposal being deemed to be references to “fifty percent (50%)” on terms that the Board of Directors of the Company determines in good faith, after consultation with its financial advisor and outside legal counsel, and taking into account all the terms and conditions of the Company Acquisition Proposal that the Board of Directors of the Company considers to be appropriate (including the identity of the Person making the Company Acquisition Proposal and the expected timing and likelihood of consummation, any governmental or other approval requirements (including divestitures and entry into other commitments and limitations), break-up fees, expense reimbursement provisions, conditions to consummation and the availability of necessary financing (including, if a cash transaction (in whole or in part), the availability of such funds and the nature, terms and conditionality of any committed financing), would result in a transaction (i) that, if consummated, is more favorable to the Company’s stockholders from a financial point of view than the Merger (taking into account any proposal by Parent to amend the terms of this Agreement), and (ii) that is reasonably capable of being completed on the terms proposed, taking into account the identity of the Person making the Company Acquisition Proposal, any approval requirements and all other financial, regulatory, legal and other aspects of such Company Acquisition Proposal.

9. Arrangement Agreement and Plan of Merger by and among Burger King Worldwide, Inc, 1011773 B.C. Unlimited Liability Company, New Red Canada Partnership, Blue Merger Sub, Inc, 8997900 Canada Inc, and Tim Hortons Inc, dated August 26, 2014 (\$13.4 billion).

“Company Superior Proposal” means any bona fide, written Company Acquisition Proposal (with references to “20%” in the definition of Company Acquisition Proposal being substituted with references to “50%” for purposes of this definition) made by a third party or third parties acting jointly (other than any Parent Party and any of their respective Affiliates) that the Company Board of Directors (or any committee thereof) determines in good faith and in the proper discharge of its fiduciary duties (after consultation with its financial advisor and outside legal counsel) (i) is reasonably likely to be consummated in accordance with its terms and (ii) is more favorable to the Company Shareholders from a financial point of view than the Arrangement, the Merger and the other transactions contemplated by this Agreement, taken as a whole, in each case taking into account all financial, legal, financing, regulatory and other aspects of such Company Acquisition Proposal (including the identity of the Person or group making the Company Acquisition Proposal) and of this Agreement (including any changes to the terms of this Agreement proposed by Parent).

9. Agreement and Plan of Merger, dated as of December 19, 2001, by and among AT&T Corp, AT&T Broadband Corp, Comcast Corporation, AT&T Broadband Acquisition Corp, Comcast Acquisition Corp, and AT&T Comcast Corporation (\$72 billion).

“AT&T Superior Proposal” means an unsolicited, bona fide AT&T Broadband Acquisition Proposal that AT&T’s Board of Directors determines in good faith, after consultation with its financial advisors and outside legal counsel and taking into account all the terms and conditions of the AT&T Broadband Acquisition Proposal, including the likelihood and timing of consummation of the AT&T Broadband Acquisition Proposal (including, without limitation, the likelihood of obtaining financing and receiving necessary regulatory approvals), would be more favorable to the holders of AT&T Common Stock than the transactions provided for in this Agreement.

10. Arrangement Agreement between Loblaw Companies Limited and Shoppers Drug Mart Corporation, July 14, 2013 (\$13.1 billion).

For the purposes hereof, "Superior Proposal" means a written bona fide Acquisition Proposal made by a third party and in respect of which the board of directors of Shoppers Drug Mart determines in good faith: (1) that the funds or other consideration necessary to complete the Acquisition Proposal are or are reasonably likely to be available to fund completion of the Acquisition Proposal at the time and on the basis set out therein; (2) that is not subject to a due diligence and/or access condition; (3) that, after consultation with its financial advisor(s), would or would be reasonably likely to, if consummated in accordance with its terms, result in a transaction that is more favourable to the Shoppers Drug Mart Shareholders from a financial point of view than the Arrangement; (4) that, after consultation with its financial advisor(s) and outside counsel, is reasonably likely to be consummated at the time and on the terms proposed, taking into account all legal, financial, regulatory and other aspects of such Acquisition Proposal; and (5) after receiving the advice of outside counsel, that failure to recommend such Acquisition Proposal to the Shoppers Drug Mart Shareholders would be inconsistent with its fiduciary duties under applicable Laws;

10. Agreement and Plan of Merger among Twenty-First Century Fox, Inc, The Walt Disney Company TWC Merger Enterprises 2 Corp, and TWC Merger Enterprises 1, LLC, dated as of December 13, 2017 (\$71.3 billion).

"Company Superior Proposal" means an unsolicited bona fide Company Acquisition Proposal made after the date of this Agreement that would result in a Person or group (or their stockholders) becoming, directly or indirectly, the beneficial owner of, 60% or more of the Company's consolidated total assets or more than 50% of the total voting power of the equity securities of the Company or the successor Person of the Company, that the Board of Directors of the Company has determined in its good faith judgment, after consultation with outside counsel and a financial advisor of nationally recognized reputation, would reasonably be expected to be consummated in accordance with its terms, taking into account all legal, financial and regulatory aspects of the proposal and the Person or group of Persons making the proposal, and, if consummated, would result in a transaction more favorable to the Company's stockholders from a financial point of view than the Transactions [. . .]

COOPERATIVE DIFFERENCE IN INSOLVENCY PROCEEDINGS: PRE-PACK SALES, FIDUCIARY DUTY AND THE OPPRESSION REMEDY

*Anna Lund**

Mountain Equipment Co-operative used insolvency proceedings under the *Companies' Creditors Arrangement Act* to sell its business to a private equity firm. A group of members unsuccessfully challenged the sale in court, raising arguments about the court's power to approve the sale, the fiduciary obligations of the cooperative's directors and the oppression remedy. This article suggests that the court would have been justified in granting a remedy to the dissenting members if it had attended to how cooperatives differ from standard corporations. This article highlights salient differences between cooperatives and corporations and then analyzes how these differences were relevant to the court's analysis of its power to approve the sale, the director's fiduciary obligations, and the oppression remedy. The sale of Mountain Equipment Co-operative underlines the importance of paying careful attention to a debtor's legal form in insolvency when the debtor is not a standard corporation.

Mountain Equipment Co-operative a eu recours à une procédure d'insolvabilité en vertu de la *Loi sur les arrangements avec les créanciers des compagnies* pour vendre son entreprise à une société de capital-investissement. Un groupe de membres a contesté sans succès la vente devant les tribunaux, soulevant des arguments concernant le pouvoir du tribunal d'approuver la vente, les obligations fiduciaires des administrateurs de la coopérative et le recours en oppression. Cet article suggère que le tribunal aurait été en droit d'accorder une réparation aux membres dissidents s'il avait tenu compte des différences entre les coopératives et les sociétés ordinaires. Cet article met en évidence les distinctions importantes entre les coopératives et les sociétés de capitaux, et analyse ensuite la manière dont ces différences ont été prises en compte dans l'analyse par le tribunal de son pouvoir d'approuver la vente, des obligations fiduciaires des administrateurs et du recours en oppression. La vente de Mountain Equipment Co-operative souligne l'importance d'accorder une attention particulière à la forme juridique du débiteur en cas d'insolvabilité lorsque le débiteur n'est pas une société classique.

* Associate Professor, University of Alberta, Faculty of Law. The author wishes to thank Shannon O'Byrne, Liam McHugh Russell, the anonymous reviewers, and the participants in the 2021 Alberta Early Career Legal Scholars Workshop, for feedback on earlier iterations of this article. Thanks to Breanna Case and Matthew Davis for editorial assistance, and to the Centre for the Study of Cooperatives and Cooperatives First, for giving me a space to think through some of these ideas.

© Anna Lund 2023

Citation: (2023) 68:2 McGill LJ 161 — Référence : (2023) 68:2 RD McGill 161

Introduction	163
I. A Brief History of MEC	166
<i>A. Growth, Trouble and Strategic Alternatives</i>	166
<i>B. MEC Members Were Not Involved in Exploring Strategic Alternatives</i>	168
<i>C. MEC Uses Insolvency Proceedings to Sell its Assets</i>	168
II. Salient Differences Between Corporations and Cooperatives	171
<i>A. Purpose</i>	172
<i>B. Legislation and Owners</i>	172
<i>C. Cooperative Values and Principles</i>	173
<i>D. Voting</i>	174
<i>E. Payment to Owners and Residual Value</i>	174
III. Rethinking the Challengers' Arguments with a Focus on Cooperative Difference	177
<i>A. Cooperative Difference is Relevant to the Approval of a Sale under Section 36 of the CCAA</i>	177
1. Section 36 of the CCAA Allows for a Sale of Assets Without Member Approval	178
2. Pre-pack Sales under Section 36 Create a Risk of Unfairness	179
3. Cooperative Difference and Section 36	181
<i>B. Fiduciary Duty</i>	184
1. A Corporate Director's Fiduciary Obligation	185
2. A Cooperative Director's Fiduciary Obligation	186
3. MEC's Directors Likely Satisfied their Fiduciary Obligation to the Cooperative	188
<i>C. Oppression</i>	188
1. The Oppression Remedy	189
2. Access to Oppression Claims is Limited in Insolvency Proceedings	192
3. The Oppression Claim Against MEC's Directors	193
IV. This is a Corporation's World (But it Ain't Nothing without a Cooperative)	197

Introduction

In the fall of 2020, Mountain Equipment Cooperative (“MEC”) sold its business to a private equity firm from California.¹ MEC was a British Columbia-based, member-owned cooperative and had been selling outdoor gear in Canada for nearly 50 years. At the time of its sale, MEC had 5.8 million members.² Ordinarily, MEC could not have sold its business without first having its members vote to endorse the transaction; however, the court authorized the sale as part of an insolvency process under the *Companies’ Creditors Arrangement Act* (“CCAA”).³ A group of dissenting members asked the court to delay the sale to allow the members to explore alternative solutions. The court denied their request.

The sale of MEC illustrates larger trends in insolvency law and the cooperative sector, which makes it a rich case study for exploring the legal and policy questions that arise when cooperatives turn to insolvency law. MEC sold its business assets in a pre-pack sale. A pre-pack sale is when a debtor makes arrangements to sell its asset before starting formal insolvency proceedings. Pre-pack sales are growing in popularity but raise concerns about fairness because the court is commonly presented with a “fait accompli” transaction that must be approved on short timelines.⁴ Parties opposed to the transaction have difficulty mounting a credible challenge to the transaction in the short time between when the insolvency proceedings start and when approval is sought. MEC fits into another trend, namely the demutualization of cooperatives. Demutualization is when the ownership, benefit and control of the business is transitioned from cooperative members to shareholder investors.⁵ MEC’s sale of its bu-

¹ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (First Report of the Monitor, Alvarez & Marsal Canada Inc) at para 9.1 [First Report of the Monitor].

² See *ibid* at para 4.1.

³ RSC 1985, c C-36 [CCAA].

⁴ See Alfonso Nocilla & Vern W DaRe, “The Trouble with Pre-Packs” in Janis P Sarra et al, eds, *Annual Review of Insolvency Law, 2018* (Toronto: Thomson Reuters, 2019) 621 at 622, n 3; Matthew Nied & Natalie Levine, “Pre-Packaged Sales Transactions Under the CCAA: Where are These Packages from? What Did they Look Like? And Where are they Going?” in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law 2016*, (Toronto: Thomson Carswell, 2017) at Introduction. Cf Tushara Weerasooriya et al, “Pre-Packs under the Companies’ Creditors Arrangement Act: Has the Push for Efficiency Undermined Fairness?” in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law 2016* (Toronto: Carswell, 2016) at Introduction (noting pre-packaged sales have a long history in Canada); Janis Sarra, “The Oscillating Pendulum: Canada’s Sesquicentennial & Finding the Equilibrium for Insolvency Law” in Janis Sarra et al, eds, *Annual Review of Insolvency Law 2016* (Toronto: Thomson, 2017) at n 64 (“Oscillating Pendulum”).

⁵ See Jorge Sousa & Roger Herman, “Converting Organizational Form: An Introductory Discussion” in Jorge Sousa & Roger Herman, eds, *A Co-operative Dilemma: Converting*

business assets to a private company demutualized the cooperative. Cooperative members may be concerned about how a demutualization will impact a business' ability to fulfill its purpose and how it can be used to transfer value from cooperative members to other stakeholders.⁶ The MEC sale raises additional concerns because the CCAA proceeding was used to circumvent the democratic control at the heart of cooperative governance.

Cooperatives serve important ends. Cooperatives gives workers, consumers, and producers the option of organizing their economic lives according to democratic principles. The legal system protects the autonomy of individuals when it respects their choice to carry out economic activity through the cooperative model. Legal support for the cooperative model also promotes economic activity because cooperatives contribute to the Canadian economy and enable marginalized communities to improve their economic well-being. In 2019, non-financial cooperatives (e.g., excluding credit unions, “caisses populaires”, and insurance mutuals) generated \$53 billion in revenue and employed almost 105,000 people across Canada.⁷ Cooperatives help rural communities develop resilient economies.⁸ Racialized communities have turned to cooperatives to build wealth.⁹ Indigenous communities have used cooperatives to promote cultural resurgence and economic independence.¹⁰

Insolvency law can undermine the cooperative model if it is implemented without sufficient regard for how cooperatives differ from standard corporations. Cooperatives must “live within the legal, financial, tax and regulatory frameworks designed to protect and support the dominant

Organizational Form (Saskatoon: Centre for the Study of Co-operatives, 2012) 1 at 12–13.

⁶ See *ibid.*

⁷ See Statistics Canada, *Study: Co-operatives in Canada*, (Ottawa: Statistics Canada, 3 March 2021), online: <www150.statcan.gc.ca> [perma.cc/EL92-TUZZ].

⁸ See Canadian Co-operative Association, “Examining Success Factors for Sustainable Rural Development Through the Integrated Co-operative Model: Final Research Report” (31 March 2016) at 1–2, online (pdf): *Centre for the Study of Co-operatives, University of Saskatchewan, Canada* <usaskstudies.coop> [perma.cc/3F5L-S4C7].

⁹ See generally Jessica Gordon Nembhard, *Collective Courage: A History of African American Cooperative Economic Thought and Practice* (University Park, PA: Pennsylvania State University Press, 2014); Vicky Mochama, “Black Communities Have Known about Mutual Aid All Along”, *The Walrus* (1 September 2020), online: <thewalrus.ca> [perma.cc/RD9Z-8ABE].

¹⁰ See Ushnish Sengupta, “Indigenous Cooperatives in Canada: The Complex Relationship Between Cooperatives, Community Economic Development, Colonization, and Culture” (2015) 4:1 J Entrepreneurial & Organizational Diversity 121 at 123–24.

economic model”, i.e., the standard corporation.¹¹ The people who implement these frameworks are often unfamiliar with cooperatives. MEC’s CCAA proceedings suggest that insolvency practitioners and judges need to pay careful attention to the ways in which a cooperative’s legal form differs from that of a standard corporation and how these differences justify modifications to standard insolvency practices and principles.

Cooperatives are the focus of this article, but other legal forms serve valuable ends and thus this article argues that legal form should matter in insolvency proceedings. Careful attention to legal form will be important when any non-standard entities use insolvency proceedings.

This article illustrates how to attend to cooperative difference in insolvency by revisiting the arguments made by those litigants who challenged the sale of MEC: it aims to guide future insolvencies by performing an autopsy on the MEC proceedings. The dissenting members and co-op intervenors argued that the sale should be delayed to comply with the legislative criteria in the CCAA governing sales, to remedy the directors’ breach of their fiduciary duty, and to rectify oppressive conduct by the directors. The court denied these requests. This article revisits the challengers’ arguments with a focus on how attention to MEC’s cooperative form could have shifted the analysis.

This article proceeds as follows. Part 2 tells the story of MEC from its beginnings in 1971 to its demutualization in 2020, with a focus on the years leading up to its insolvency filing. Part 3 identifies key differences between a standard corporation and a traditional cooperative – it provides a legal overview of what cooperative difference means. Part 4 revisits three of the arguments raised by the dissenting members and co-op intervenors through the lens of cooperative difference. Part 5 highlights important lessons from the MEC CCAA proceedings: insolvency practitioners and judges need to pay careful attention to the legal form of the debtors, cooperatives need to focus on promoting good governance while also engaging and educating members, and law schools (as well as other educators) should be teaching students about cooperatives so that they can competently assist clients who choose to organize their economic lives according to cooperative principles.

¹¹ “Guidance Notes to the Co-operative Principles” (2015) at 46, online (pdf): *International Co-operative Alliance* <www.ica.coop> [perma.cc/SZU6-S9VX] [International Co-operative Alliance, “Guidance Notes”]. See also Chris Cornforth, “Patterns of Cooperative Management: Beyond the Degeneration Thesis” (1995) 16:4 *Economic & Industrial Democracy* 487 at 489.

I. A Brief History of MEC

In 1971, a group of outdoor enthusiasts living in Vancouver founded MEC so that they could purchase affordable climbing equipment.¹² In its early years, the organization ran on a minimal budget, sometimes storing gear in one of the member's vans.¹³ Over time it expanded, opening new stores and acquiring more members. By the time it started CCAA proceedings, it had 22 stores across Canada and 5.8 million members.

A. *Growth, Trouble and Strategic Alternatives*

In 2015, MEC “embarked on a significant growth plan.”¹⁴ The growth plan increased MEC's market share but also resulted in “higher fixed cost[s]... and increased debt levels.”¹⁵ At the end of 2014, the cooperative owed nothing on its operating loan, whereas by February 2020, it owed over \$81 million to a consortium of lenders.¹⁶

The cooperative's profitability plummeted during this aggressive growth phase.¹⁷ In 2019, the directors took steps to address the cooperative's dwindling profits. It hired new managers and formulated a plan to cut costs “through efficiencies in technology spend [and] supply chain improvements” and to boost earnings by “focusing on the member experience [and] improving merchandise assortment.”¹⁸ Before the new plan was fully implemented, COVID-19 arrived in Canada. The pandemic negatively

¹² See Mountain Equipment Company Ltd, “Our Roots” (last visited 5 August 2021), online: *Mountain Equipment Company* <www.mec.ca> [perma.cc/D29A-UPPZ].

¹³ See Mehek Mazhar, “MEC Founding Member Says She Feels ‘Grief and Betrayal’ Over Sale of Co-op to U.S. firm”, *CBC Radio* (16 September 2020), online: <www.cbc.ca/radio> [perma.cc/B6CP-S44P].

¹⁴ *Mountain Equipment Co-operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Affidavit, Robert Wallis at para 4) [Wallis Affidavit].

¹⁵ *Mountain Equipment Co-operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Affidavit, Philippe Arrata at para 42) [Arrata Affidavit].

¹⁶ See KMPG LLP, “Consolidated Financial Statements of Mountain Equipment Cooperative year ended December 28, 2014” (10 April 2015) at 1, 9, online (pdf): *MEC* <www.mec.ca> [perma.cc/63LT-KENF]; KMPG LLP, “Consolidated Financial Statements of Mountain Equipment Cooperative Period from February 24, 2019 to February 23, 2020” (7 July 2020) at 1, 12, online (pdf): *Alvarez and Marsal* <www.alvarezandmarsal.com> [perma.cc/GKM9-KEEV]. The Monitor reported \$74 million was outstanding in September 2020 (*Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Report of the Proposed Monitor, Alvarez & Marsal Canada Inc) at para 7.4).

¹⁷ See *Arrata Affidavit*, *supra* note 15 at paras 48–49.

¹⁸ *Ibid* at para 44; “MEC Update – April 2020”, copy on file with author.

impacted MEC: sales decreased by \$90 million in the first 8 months of 2020 as compared to the same period in the previous year.¹⁹

MEC needed to repay its operating loan by August 3, 2020.²⁰ In anticipation of this deadline, MEC's directors hired an advisor to help them locate a new source of financing.²¹ On March 27, 2020, the directors established a special committee to investigate refinancing options and other "strategic alternatives", such as selling MEC's assets.²² Between March and September 2020, the special committee spoke with 66 lenders.²³ The special committee received five non-binding loan offers but determined that "none ... were satisfactory nor adequately met MEC's long term financing requirements."²⁴

The special committee shifted focus from refinancing MEC to selling its assets.²⁵ In June 2020, MEC asked its advisor to design and implement a sales and investment solicitation process.²⁶ The advisor contacted 158 potential buyers, 39 potential buyers signed confidentiality agreements to review information about MEC, nine submitted non-binding letters of intent, five were invited to submit binding bids, and four did.²⁷

With the assistance of the advisor and legal counsel, the special committee evaluated the bids against the following criteria: "total consideration value, closing risk, continuity of operations in terms of employees and stores, alignment with MEC's values, and the assumption of liabilities owing to MEC's suppliers and service providers."²⁸ The Kingswood Capital offer included the highest bid price, promised that at least 17 of 22 MEC stores would remain open and 75% of MEC's active employees (i.e., those not on leave or laid off) would receive offers of employment.²⁹

¹⁹ See *Arrata Affidavit*, *supra* note 15 at paras 45–46.

²⁰ See *ibid* at para 55. The maturity date was extended to September 30, 2020, see *ibid* at para 59.

²¹ See *ibid* at para 110; *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at para 6.

²² See *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at paras 8–9, 11; First Report of the Monitor, *supra* note 1 at para 8.1.

²³ See *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at para 18; First Report of the Monitor, *supra* note 1 at paras 8.2–8.3.

²⁴ First Report of the Monitor, *supra* note 1 at para 8.3.

²⁵ See *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at paras 24, 27–28.

²⁶ See *Arrata Affidavit*, *supra* note 15 at para 113.

²⁷ See *ibid* at paras 115–19; First Report of the Monitor, *supra* note 1 at paras 8.9–8.20.

²⁸ *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at para 34.

²⁹ See *ibid* at paras 35, 40; First Report of the Monitor, *supra* note 1 at paras 9.2, 9.25. MEC operates 22 stores across Canada, see *Arrata Affidavit*, *supra* note 15 at para 23.

B. MEC Members Were Not Involved in Exploring Strategic Alternatives

MEC's directors did not communicate with MEC's members about the special committee's activities. The special committee considered approaching the members for financing but recommended against this approach.³⁰ The committee did not think MEC would be able to raise sufficient funds from its members and they believed that publicizing MEC's financial problems would negatively impact the cooperative's operations.³¹

Normally, MEC held an Annual General Meeting (AGM) every year, where it provided members with a financial statement for the cooperative.³² COVID-19 disrupted MEC's Annual General Meeting, resulting in it being delayed almost 6 months from June 23, 2020 to December 10, 2020.³³ MEC advised its members that the delay was necessary "in order to focus on our mission, ensuring our members' access to outdoor gear, know-how and inspiration, while dealing with the acute challenges stemming from COVID-19."³⁴

Even without an AGM, the members had indications that MEC was struggling. In January 2020, news media reported that MEC had subleased its head offices in Vancouver.³⁵ In April 2020, MEC advised its members that it was experiencing significant financial pressure and had laid off staff.³⁶ But it was not until MEC started insolvency proceedings that the members comprehended the severity of MEC's financial problems.

C. MEC Uses Insolvency Proceedings to Sell its Assets

MEC started insolvency proceedings on September 14, 2020. Its directors authorized legal counsel to apply for an Initial Order to facilitate the sale of MEC's assets to Kingswood Capital. A group of members organized

³⁰ See *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at para 20.

³¹ See *ibid.* See also First Report of the Monitor, *supra* note 1 at para 9.24.

³² See *Cooperative Association Act*, SBC 1999, c 28, s 143(2), 153; MEC AGM FAQs, copy on file with author.

³³ See *Arrata Affidavit*, *supra* note 15 at para 39 (this change was authorized by: "Cooperative Associations – COVID 19 Updates for Annual Meetings" (last visited 5 August 2021), online: *Government of British Columbia* <www2.gov.bc.ca> [perma.cc/7SHH-FU7G]).

³⁴ MEC AGM FAQs, copy on file with author.

³⁵ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Affidavit, Kevin Harding at para 13).

³⁶ See "MEC Update – April 2020", copy on file with author.

under the name Save MEC and opposed the application.³⁷ They asked the court to delay the sale for two weeks to allow the members to explore alternative solutions, including securing debt financing elsewhere or selling MEC's real estate holdings.³⁸ Additionally, two organizations representing the Canadian cooperative sector intervened in the CCAA proceedings.³⁹ They argued that the application raised important questions about the ability of cooperative members to participate in major decisions affecting the cooperative.⁴⁰

The dissenting members argued that a delay in the proceedings was appropriate because British Columbia's cooperative statute and MEC's Rules of Cooperation required MEC to consult the members.⁴¹ They also alleged that the directors acted oppressively when they failed to consult with members.⁴² The intervenors identified a third ground for relief, namely, that the directors had not complied with their fiduciary duty.⁴³

In a decision released on October 28, 2020, the court rejected the challengers' arguments and authorized the sale of MEC's assets.⁴⁴ It characterized consultation with members as "a very unwieldy step."⁴⁵ The court determined that the language of the CCAA obviated the consultation requirements in the cooperative statute and MEC's rules. The court did not explicitly address the allegations of fiduciary breach. It declined to engage in a full analysis of the oppression argument but noted that it would be "unrealistic" for the members to think that "they, and they alone, would dictate whether a sale would occur, when the co-operative is insolvent and their memberships presently have no value."⁴⁶

³⁷ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Notice of Application, Kevin Harding on his own behalf and on behalf of Save MEC at Part 2, paras 11–12) [*Harding Application*].

³⁸ See *ibid* at Part 1, para 2, Part 2, paras 12–14.

³⁹ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Notice of Application, BC Co-op Association and Cooperatives and Mutuals Canada at Part 1, para 1) [*BC Co-op Application*].

⁴⁰ See *ibid* at Part 2, para 2.

⁴¹ See *Harding Application*, *supra* note 37 at Part 3, para 18.

⁴² See *ibid* at Part 3, para 17.

⁴³ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Affidavit, Ben Hyman at para 20) [*Hyman Affidavit*].

⁴⁴ See *Mountain Equipment Co-Operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 [*Mountain Equipment Co-Operative*].

⁴⁵ *Ibid* at para 132.

⁴⁶ *Ibid* at para 136.

On October 30, 2020 MEC finalized the sale of its assets to a wholly-owned subsidiary of Kingswood Capital.⁴⁷ The new entity retained 90% of the cooperative's 1,100 active employees; 210 employees were terminated during the CCAA proceedings.⁴⁸ It kept 21 of 22 stores open.⁴⁹ MEC had sold its intellectual property, including its rights to the name Mountain Equipment Co-operative and thus MEC changed its name to 1077 Holdings Cooperative.⁵⁰ As of the writing of this article, the cooperative has no operations and no employees and the monitor is overseeing a claims process to distribute the sales proceeds to the cooperative's creditors.

The court authorized the sale of MEC's assets without giving sufficient weight to how a cooperative differs from a standard corporation, and in particular, failing to appreciate how members in a cooperative are differently situated from shareholders in a standard corporation. Though this article critiques the court's reasons, the author does not fault the court for reaching the conclusions that it did, given the time pressures facing the court and the prevailing lack of awareness of what makes cooperatives different. The pace of pre-pack CCAA proceedings puts courts and opposing litigants in a difficult situation. In MEC's case, the sale transaction deadlines left little time for the dissenting members and co-op intervenors to develop their arguments or for the court to scrutinize the sale application. Thus, it is unsurprising that more was not done to flesh out the relevance of cooperative difference. Academic scholarship moves at a slower pace and this article has been written with the benefit of time, which was unavailable to the courts and the litigants. Section 4.1.2 below revisits this idea that time pressures impact the fairness of CCAA proceedings.

Cooperative scholars have bemoaned how few people understand the cooperative legal form: MEC's sale suggests that judges, as well as lawyers, lenders, and business people do not appreciate how cooperatives differ from corporations.⁵¹ The International Co-operative Alliance (ICA) observes that "co-operatives are rarely taught in mainstream business

⁴⁷ See *Mountain Equipment Co-operative (Re)*, 2020 BCSC 1586 (Fourth Report of the Monitor, Alvarez & Marsal Canada Inc) at para 4.1 [Fourth Report of the Monitor].

⁴⁸ See First Report of the Monitor, *supra* note 1 at para 4.4; Fourth Report of the Monitor, *supra* note 47 at paras 4.1, 11.1.

⁴⁹ See Fourth Report of the Monitor, *supra* note 47 at para 4.1.

⁵⁰ See *ibid* at para 10.1.

⁵¹ Lack of awareness about cooperative difference is a significant problem facing the cooperative sector, see generally Stan Yu, "Top Co-op Issues 2020" (April 2021) at 3, online (pdf): *Canadian Centre for the Study of Co-operatives* <usaskstudies.coop> [perma.cc/3YTJ-4EKP].

schools, law schools, sociology and other relevant areas of study.”⁵² This article explicitly seeks to address this knowledge gap. The next section provides an overview of the salient differences between standard corporations and cooperatives.

II. Salient Differences Between Corporations and Cooperatives

Businesses can be carried out under different legal forms, including sole proprietorships, partnerships, cooperatives or standard corporations. Standard corporations predominate in Canada and the *CCAA* was drafted using standard corporations as the default debtor. The *CCAA* applies to other legal forms by analogizing them to a standard corporation.⁵³ Yet, there are important differences between standard corporations and other legal forms of business. To appreciate what was at stake in the MEC *CCAA* proceedings, one must first understand how cooperatives differ from standard corporations with respect to their purpose, ownership structure, guiding principles, and the rules governing voting by and payments to members. Members who structure their economic activities through the vehicle of a cooperative have chosen a democratic method for collaborating with others to fulfill a shared need. Equating members with corporate shareholders risks undermining their autonomy to structure their economic activities.

Note that this section describes archetypal corporations and cooperatives. In practice organizations can depart from these archetypes by stipulating different rules in their incorporating documents. Cooperatives adopt structural features that resemble a corporation and corporations can model aspects of their structure on a cooperative. Legislators have expanded cooperatives’ ability to include corporation-like features in their structures: in many Canadian provinces, and federally, legislators have harmonized cooperative and business corporation legislation by transplanting elements from business corporation legislation into cooperative statutes.⁵⁴ In the conclusion, this article returns to the topic of harmonization and suggests that it has the potential to undermine the cooperative sector by eroding the differences between corporations and cooperatives.

⁵² International Co-operative Alliance, “Guidance Notes”, *supra* note 11 at 65.

⁵³ See *CCAA*, *supra* note 3, s 2(1) “company”.

⁵⁴ See Canada, Library of Parliament, *Bill C-5: Canada Cooperatives Act*, by Antony G Jackson & Margaret Smith, revised 7 January 1998, (Legislative Summary), LS-296E (Ottawa: Library of Parliament, 1997) at parts 7–19, 22; *Collins Barrow Vancouver v Collins Barrow National Cooperative Inc*, 2015 BCSC 510 at para 109, *aff’d* 2016 BCCA 60 [*Collins*]; Hans H Münkner, *Co-operative Principles and Co-operative Law*, 2nd ed (Vienna: LIT, 2015) at 34.

But first, the article examines those differences, using MEC to illustrate the cooperative form.

A. Purpose

A standard corporation aims to make money for its shareholders.⁵⁵ Historically, the incorporating documents of a corporation specified how the corporation would pursue this goal. For example, the incorporating documents might set out that the corporation would pursue specific types of commercial activity (e.g., operating a clothing store).⁵⁶ Nowadays, drafters rarely include such limits, thus the corporation can pursue profit by engaging in a broad range of commercial activities. In contrast, a cooperative is incorporated to serve an identified, shared need of its members.⁵⁷ For example, a producers' cooperative might market agricultural goods produced by its members.⁵⁸ A consumers' cooperative, like MEC, acquires goods for purchase by its members.⁵⁹ A workers' cooperative empowers employees to control the enterprises in which they work.

B. Legislation and Owners

Standard corporations are incorporated under the *Canada Business Corporations Act*⁶⁰ or comparable provincial or territorial legislation ("business corporation" legislation).⁶¹ Investors (called shareholders) purchase shares in the corporation and these shares allow investors to receive part of any profits and to participate in governing the business. Cooperatives are incorporated under specialized federal or provincial legislation. For example, MEC was incorporated under British Columbia's *Cooperative Association Act*.⁶² The people served by the cooperative are called members.

⁵⁵ See Antonio Fici, "An Introduction to Cooperative Law" in Dante Cracogna, Antonio Fici & Hagen Henry, eds, *International Handbook of Cooperative Law* (Berlin: Springer-Verlag Berlin Heidelberg, 2013) 3 at 20–21.

⁵⁶ See e.g. *Re Jon Beauforte (London) Ltd*, [1953] 2 WLR 465.

⁵⁷ See Fici, *supra* note 55 at 23; International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 34.

⁵⁸ See Fici, *supra* note 55 at 24; Lois Stanford & Julie A Hogeland, "Designing Organizations for a Globalized World: Calavo's Transition from Cooperative to Corporation" (2004) 86:5 *American J Agricultural Economics* 1269 at 1269.

⁵⁹ See Fici, *supra* note 55 at 24.

⁶⁰ RSC 1985, c C-44, Part II [CBCA].

⁶¹ See e.g. *Business Corporations Act*, RSO 1990, c B-16, Part II.

⁶² See *supra* note 32.

C. Cooperative Values and Principles

Cooperative enterprises are guided by the ICA's values and principles. According to the ICA, cooperatives are driven by six values: "self-help, self-responsibility, democracy, equality, equity, and solidarity."⁶³ They put these values into practice with seven principles:

1. Voluntary and Open Membership
2. Democratic Member Control
3. Member Economic Participation
4. Autonomy and Independence
5. Education, Training, and Information
6. Cooperation among Cooperatives
7. Concern for Community⁶⁴

Canadian cooperative statutes transform these principles and values into legal obligations. When the federal legislation was adopted in 1998, it was drafted to reflect the ICA's principles.⁶⁵ Cooperatives incorporated under the legislation must state in their incorporating documents that they will operate on a cooperative basis.⁶⁶ The legislation specifies what it means for an enterprise to operate on a cooperative basis and these provisions broadly reflect the ICA's seven principles.⁶⁷ British Columbia's legislation adopts a similar structure.⁶⁸ For example, both the federal and British Columbia statutes set out that organizations operate on a cooperative basis when they give each member one vote.⁶⁹ A cooperative may further bind itself to the ICA principles by incorporating them into its rules and bylaws.⁷⁰ There is no comparable statement of principles and values applicable to standard corporations.

⁶³ International Cooperative Alliance, "Cooperative Identity, Values and Principles" (last visited 5 August 2021), online: <www.ica.coop> [perma.cc/XGF7-28DE].

⁶⁴ See *ibid.*

⁶⁵ See Jackson & Smith, *supra* note 54 at part 1.

⁶⁶ See *Canada Cooperatives Act*, SC 1998, c 1, s 11(1)(g) [CCA].

⁶⁷ See *ibid.*, s 7.

⁶⁸ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 8(1)–(2).

⁶⁹ See CCA, *supra* note 66, s 7(1)(b); *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 8(2)(b).

⁷⁰ See e.g. *Harry Sherman Crowe Housing Co-operative Inc v Benjamin*, 2014 ONSC 3744 at para 4.

D. Voting

In a standard corporation, shareholders elect directors to manage the business, they vote on fundamental changes to the corporation and they provide the directors with guidance by passing shareholder resolutions.⁷¹ A shareholder's clout depends on the type and number of shares that the investor holds. An investor holding voting shares is entitled to vote at all regular and special shareholders' meetings. An investor holding non-voting shares only gets to vote when the corporation is contemplating a fundamental change to its structure, such as a sale of all its property.⁷² Investors holding more shares have more clout when they vote because votes are decided on the basis of how many *shares* were voted for or against a resolution. For example, shareholders pass an ordinary resolution when investors holding a majority of the outstanding shares vote in favour of the resolution.⁷³

In a cooperative, members are all entitled to one vote per *member*.⁷⁴ Members cannot increase their clout by investing more in the cooperative. Democratic control is a foundational principle of the cooperative movement. In cooperatives, democratic control is put into practice through the one-member-one-vote structure.⁷⁵

E. Payments to Owners and Residual Value

When a standard corporation is profitable, it can pay out some of its profits to its shareholders. These payments are called dividends. An investor's right to receive a dividend varies according to the class and number of shares that an investor holds. For example, a company may have two classes of shares, one of which is entitled to receive dividends in priority to the other. If two investors hold shares with the same priority to dividends, the investor who holds more shares will receive proportionally bigger payments.

In a cooperative, profit is distributed to members through patronage returns. These returns vary according to how much business a member

⁷¹ See *CBCA*, *supra* note 60, ss 103, 106(3), 137, 173–92.

⁷² See *ibid*, s 189(3–9).

⁷³ See *ibid*, s 2 “ordinary resolution”, 140(1).

⁷⁴ See Fabio R Chaddad & Michael L Cook, “Understanding New Cooperative Models: An Ownership Control Rights Typology” (2004) 26:3 *Rev Agricultural Econ* 348 at 351.

⁷⁵ See International Co-operative Alliance, “Guidance Notes”, *supra* note 11 at 15; Münkner, *supra* note 54 at 111.

did with the cooperative.⁷⁶ For example, a member who bought more goods from a consumer cooperative will receive a bigger patronage return. Patronage returns exemplify the philosophy that a cooperative is not intended to profit off its members, but rather to increase their economic well-being.⁷⁷ The patronage return allows the cooperative to refund its profit to its members in proportion to the amount of business the member did with the cooperative.

A cooperative requires funds to operate. One way a cooperative can generate these funds is to allocate, but not pay, patronage returns to a member.⁷⁸ The cooperative issues shares to the member in lieu of payment. Alternatively, cooperative's members may choose to invest their funds into the cooperative in return for shares.⁷⁹ Members holding shares may be entitled to receive dividend payments, but these payments differ from the dividends paid to investors in a corporation.⁸⁰ In a corporation, the amount of a dividend fluctuates with the profitability of the corporation, usually with no upper limit on how much of its profit a corporation can distribute as dividends. Conversely, the dividend paid on cooperative's shares is limited to a reasonable rate of return, measured as a percentage of the member's initial investment.⁸¹ The default rule in British Columbia is that the dividend cannot exceed eight percent of the book value of a share (i.e., the price the member initially paid for the share).⁸² Some cooperatives "pay no interest on... retained equity."⁸³

⁷⁶ See Heather Heavin, "The Dilemma of Change: A Story of the Saskatchewan Wheat Pool" (1995) 59:1 Sask L Rev 189 at 212–13. See also *Joncas v the Queen*, 2002 CanLII 3 (TCC) at paras 39–40, 50, 58 DTC 2315.

⁷⁷ See Brett Fairbairn, "Three Strategic Concepts for the Guidance of Co-operatives: Linkage, Transparency, and Cognition" (January 2003) at 8–9, online (pdf): *Centre for the Study of Co-operatives of the University of Saskatchewan* <www.usaskstudies.coop> [perma.cc/2C7E-YPJ3].

⁷⁸ See Murray Fulton & Jean-Pierre Girard, "Demutualization of Co-operatives and Mutuals" (October 2015) at 9, online (pdf): *Centre for the Study of Co-operatives of the University of Saskatchewan* <usaskstudies.coop> [perma.cc/2AR9-G2DF]; Anders Bruun, "A Cooperative Amalgamation: Proud Histories Meet a New Frontier" (1999) 26:2 Man LJ 203 at 211; see David W Cobia, "Distribution of Net Income" in David W Cobia, ed, *Cooperatives in Agriculture* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989) 221 at 230.

⁷⁹ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 51; see David W Cobia & Thomas A Brewer, "Equity & Debt" in David W Cobia, ed, *Cooperatives in Agriculture* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989) 243 at 247.

⁸⁰ See Heavin, *supra* note 76 at 204.

⁸¹ See Bruun, *supra* note 78 at 204.

⁸² See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 66(1)(c).

⁸³ Heavin, *supra* note 76 at 204, n 32 (describing the Saskatchewan Wheat Pool).

Shareholders may have their shares re-purchased by the corporation, through a process called redemption. Cooperatives have an implied obligation to redeem their members' shares by buying them back at book value.⁸⁴ Cooperatives satisfy this obligation in varying ways. Some cooperatives will redeem shares on a "first-in, first-out basis", meaning the cooperative buys back shares starting with those issued the earliest in time.⁸⁵ Other cooperatives will redeem shares when a triggering event occurs, such as when a member reaches a certain age, retires, or dies.⁸⁶ MEC redeemed outstanding member shares by issuing gift cards to members.⁸⁷

Shareholders have a "residual claim" against a standard corporation: if someone winds up the corporation, they must first pay off any creditors and then distribute any residual value to the shareholders. Members may or may not have a comparable residual claim depending on which legislation governs the cooperative. British Columbia's statute provides that when someone winds up a cooperative, the residual value should be distributed to the members.⁸⁸ In Québec, cooperatives operate on a principle of disinterested devolution, meaning that the residual value is not distributed to the members, but instead must be conveyed to a different cooperative or other similar organization.⁸⁹ Statutory provisions that prohibit members from receiving the residual value are called "asset-locks."⁹⁰ Asset-locks prevent members from profiting when cooperatives are demu-

⁸⁴ See Cobia & Brewer, *supra* note 79 at 245.

⁸⁵ See David W Cobia, Jeffrey Royer & Gene Igalsbe, "Equity Redemption" in David W Cobia, ed, *Cooperatives in Agriculture* (Englewood Cliffs, NJ: Prentice-Hall, 1989) 267 at 272.

⁸⁶ See *ibid* at 278. See e.g. Heavin, *supra* note 76 at 204.

⁸⁷ See "MEC 2016-17 Annual Report" (2017) at 21, online (pdf): *Wayback Machine* <mecms.wpengine.com> [perma.cc/G78M-LBQ7] (reporting that since 1971 MEC had made 16 share redemptions totalling \$35 million, including \$5.4 million in 2016 and \$1.8 million in 2017); "MEC 2017-18 Annual Report: Investing for the continued success of your co-op" (2018) at 28, online (pdf): *Wayback Machine* <mecms.wpengine.com> [perma.cc/B9GH-5RNA] (reporting no redemption that year); "MEC 2018-19 Annual Report: See what your Co-op was up to over the last year" (2019) at 26, online (pdf): *Wayback Machine* <mecms.wpengine.com> [perma.cc/93CC-68KP] (reporting no redemption that year).

⁸⁸ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 194.24(1)(d). But see special rules re: community service cooperatives, *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 178.1(4).

⁸⁹ See Fici, *supra* note 55 at 46; Timothy Petrou, "Canada" in Dante Cracogna, Antonio Fici & Hagen Henry, eds, *International Handbook of Cooperative Law* (Berlin: Springer-Verlag, 2013) 289 at 310; *Cooperatives Act*, CQLR c C-67.2, s 185.

⁹⁰ International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 33.

tualized and thus safeguard the enterprise value that members have built up over time.⁹¹

Both shareholders and members can have a range of interests in a business. Some of these interests are solely financial. A shareholder hopes to receive dividends, to share in the residual value when a corporation is wound down, or to sell their shares for more than they were purchased. A member may welcome patronage returns and, eventually, a redemption of their shares, but they have also joined the cooperative because it serves an identified economic need. These needs may have a financial aspect, such as when a consumer cooperative makes goods available to members at affordable prices or when members are employed by a workers cooperative. But a member's interests can also be non-financial, such as when a member chooses to do business with a cooperative because of its values and principles, including its democratic approach to governance. All these interests differ sufficiently from the financial interests of a shareholder in a corporation that they risk being overlooked when members are equated with shareholders, as occurred in MEC's CCAA proceedings. The next section explores some of the ways in which cooperative difference was overlooked during the sale approval hearing.

III. Rethinking the Challengers' Arguments with a Focus on Cooperative Difference

This section re-examines three arguments raised by the dissenting members and intervenors to illuminate how the court may have analyzed them differently if the court had attended to the democratic ethos of the cooperative model and the range of interests of MEC's members. It argues that members should have a greater role in future insolvency proceedings involving *cooperatives*, but even in a standard corporation, stakeholders can hold a range of interests, financial and otherwise, that merit consideration in the insolvency process. This section concludes by drawing lessons about how to empower cooperative members in insolvency proceedings from Janis Sarra's work on how to enhance the participation of stakeholders with non-capital economic interests.

A. Cooperative Difference is Relevant to the Approval of a Sale under Section 36 of the CCAA

The dissenting members argued that the directors needed to consult the members before taking steps to sell the cooperative's assets. Directors can use the CCAA to circumvent the usual requirement that they consult

⁹¹ See *ibid.*

shareholders or members before making fundamental changes to a business but only if they receive court approval. When courts approve pre-pack sales where the normal consultation has not occurred, the process can work unfairness on any stakeholders not involved in the pre-insolvency negotiations. Courts should exercise their discretion to approve such sales in a way that accounts for this potential unfairness and, when a cooperative is involved, acknowledges the multiplicity of members' interests.

1. Section 36 of the CCAA Allows for a Sale of Assets Without Member Approval

In a standard corporation, the directors must seek shareholder approval before the directors can sell all or substantially all of the corporation's assets.⁹² This means that the directors must call for a shareholder vote and a super majority of shareholders must vote in favour of the sale.⁹³ Similar provisions exist in the cooperative legislation that applied to MEC.⁹⁴ But when a business sells assets as part of insolvency proceedings, the court can approve the sale in the absence of shareholder or member approval. Section 36 of the CCAA reads in part: "*Despite any requirement for shareholder approval*, including one under federal or provincial law, the court may authorize the sale or disposition even if shareholder approval was not obtained."⁹⁵ (italics added) The CCAA defines "company" and "shareholder" broadly to include cooperatives and members, respectively.⁹⁶ Thus, section 36 empowers the court to authorize a sale by a cooperative even when a member vote has not been held. At the same time, the provision contains permissive language ("may authorize"), and thus the court retains the discretion to require a vote or to consider the lack of consultation when deciding whether to authorize a sale. Section 36 contains a non-exhaustive list of criteria that a court should consider when deciding whether to authorize a sale. These criteria direct the court to consider the fairness of the sale process and its outcome.⁹⁷ Additionally, courts evaluate applications to authorize sales under the CCAA using the principles articulated in the case of *Royal Bank v Soundair*,

⁹² See *CBCA*, *supra* note 60, s 189(3).

⁹³ See *ibid*, s 189(8).

⁹⁴ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 71(2). See also *ibid*, s 1(1) "special resolution".

⁹⁵ CCAA, *supra* note 3, s 36(1).

⁹⁶ See *ibid*, s 2(1).

⁹⁷ See *ibid*, s 36(3).

which dealt with how to evaluate a sale by a receiver.⁹⁸ As compared to the procedural *and substantive* criteria articulated in section 36, the *Soundair* principles are more narrowly focused on questions of process.

2. Pre-pack Sales Under Section 36 Create a Risk of Unfairness

A debtor can use section 36 to sell its assets in two ways. The debtor may market its assets after commencing CCAA proceedings, in which case the sales process will be pre-approved by the court and overseen by the monitor. Stakeholders can challenge the proposed sale process before it is implemented. Alternatively, the debtor may opt for a “pre-pack” sale, meaning that it markets its assets and finalizes a sale agreement before commencing CCAA proceedings. In a “pre-pack” scenario, the Court does not pre-approve the sale process and disgruntled stakeholders may challenge the sale when the debtor applies for approval under section 36.⁹⁹ MEC used a pre-pack sale.

Scholars and practitioners have critiqued pre-pack sales. Tushara Weerasooriya et al argue that when a debtor conducts a pre-pack sale, this creates a “momentum problem” that prevents scrutiny of the pre-insolvency process:

The challenge created by this deal momentum is that it promotes a narrative (usually presented to the court when the debtor is ready to file) that the debtor company is playing an all or nothing game. In other words, it is this deal or disaster... the pressure to conclude a particular transaction on a tight timeline has the collateral effect of restricting creditor engagement, scrutiny of the transaction and honest debate over the value judgments made by the debtor in its decisions about how to allocate value.¹⁰⁰

Janis Sarra expresses a related concern, that “courts are confronted with fait accompli applications before them, in effect bypassing many of

⁹⁸ See *Royal Bank of Canada v Soundair Corp et al* (1991), 83 DLR (4th) 76 at 93, 1991 CarswellOnt 205 [*Soundair*], cited with approval in the context of a section 36 application in *Sanjel Corporation (Re)*, 2016 ABQB 257 at para 56 [*Sanjel Corp*], cited with approval in *Mountain Equipment Co-op*, *supra* note 44 at para 103; Alfonso Nocilla, “Reorganizations, Sales, and the Changing Face of Restructuring in Canada: Quantitative Outcomes of 2012 and 2013 CCAA Proceedings” (2019) 42:2 Dalhousie LJ 371 at 377 [Nocilla, “Restructuring in Canada”]; Alfonso Nocilla, “Asset Sales under the Companies’ Creditors Arrangement Act and the Failure of Section 36” (2012) 52:2 Can Bus LJ 226 at 242.

⁹⁹ See *Sanjel Corp*, *supra* note 98 at para 71.

¹⁰⁰ Tushara Weerasooriya et al, *supra* note 4 at The Momentum Problem; see also David A Skeel Jr, “Competing Narratives in Corporate Bankruptcy: Debtor in Control vs No Time to Spare” (2009) 2009:4 Mich St L Rev 1187 at 1199.

the checks and balances of the system.”¹⁰¹ Matthew Nied and Natalie Levine note that the pre-pack approach unfairly shifts the onus onto creditors to challenge the pre-filing sales process rather than having the Court pre-approve the process.¹⁰² Alfonso Nocilla and Vern DaRe suggest that pre-packs raise questions about fairness and transparency, given that few creditors are involved in the pre-insolvency negotiations and, once the sale agreement is concluded, there is only a brief window in which to challenge it.¹⁰³ The fairness of the pre-pack process is not merely an academic concern, but impacts the outcome of insolvency proceedings. Secured creditors regularly participate in the pre-insolvency negotiations and empirical evidence from the United Kingdom suggests that pre-packs benefit secured creditors and disadvantage unsecured creditors as compared to other methods of realization.¹⁰⁴

MEC’s use of a pre-pack sale illustrates the concerns raised by scholars and practitioners. MEC excluded its members from the pre-insolvency search for refinancing and the subsequent sales process. The members were unaware of the extent of the financial peril facing their cooperative until MEC applied for an Initial Order. In their application, MEC and the monitor highlighted the urgency of approving the sale to Kingswood without delay. For example, the monitor wrote: “[S]uccessful execution and a timely Closing of the Proposed Transaction on these timelines is *critical* in order to transition MEC’s business operations to a new equity sponsor, preserve employment and ensure the much needed continuity and stability of the business for trade suppliers [...]”¹⁰⁵ (italics added). It is difficult for anyone to counter this manner of “deal or disaster” argument and the members had very little time to try: in the 14 days

¹⁰¹ Sarra, “The Oscillating Pendulum” *supra* note 4 at n 64.

¹⁰² See Nied & Levine, *supra* note 4 at s 2 (iii).

¹⁰³ See Nocilla & DaRe, *supra* note 4 at 625. See also Nocilla, “Restructuring in Canada”, *supra* note 98 at 379; Jason Dolman & Gabriel Faure, “PrePlan Sales Under Section 65.13 BIA and Section 36 CCAA” (2017) 59:3 Can Bus LJ 332 at 355, 357.

¹⁰⁴ See Nocilla & DaRe, “The Trouble with Pre-Packs”, *supra* note 4 at s II(2)(A) citing Rizwaan Mokal, Nigel J Balmer & Alfonso Nocilla, “Contractualised Distress Resolution in the Shadow of the Law: United Kingdom National Findings”, Draft of 14 May 2018, online (PDF): *Università degli Studi di Firenze Dipartimento di Scienze Giuridiche* <www.codire.eu> [perma.cc/KFU3-V422] at figures 70, 80; Sandra Frisby, “A preliminary analysis of pre-packaged administrations: Report to The Association of Business Recovery Professionals” (August 2007) at 67, online (pdf): *International Insolvency Institute* <www.iiiglobal.org> [perma.cc/9CFV-VZ5T]. Empirical research on Canadian CCAA suggests that liquidating CCAA’s benefit secured creditors and disadvantage unsecured creditors, as compared to restructuring CCAAs, but this analysis has not been carried out yet with respect to pre-packs as a subset of liquidating CCAAs, Nocilla, “Restructuring in Canada”, *supra* note 98 at 387, 393.

¹⁰⁵ First Report of the Monitor, *supra* note 1 at para 9.28.

between MEC's initial application and the comeback hearing, the members had to connect with each other, digest the information, work with legal counsel to develop their arguments and produce evidence that there were other viable options available to MEC. Because pre-pack sales can work unfairness on stakeholders not involved in the pre-insolvency negotiations, the court would have been justified in granting the members more time to explore alternatives to the proposed sale.

3. Cooperative Difference and Section 36

MEC's sale illustrates the shortcomings of pre-packs generally, but the court might also have applied section 36 differently if it had centred MEC's cooperative difference in its analysis. The court equated MEC's members with shareholders in a standard corporation.¹⁰⁶ The CCAA invites this comparison by how it is drafted: it uses the term "shareholders" throughout, but the term includes the members of a cooperative.¹⁰⁷ The use of the term "shareholder" in the CCAA to designate both shareholders in standard corporations and members in a cooperative obscures important differences between the two. The Court held that MEC was justified in excluding the members from the decision to sell the cooperative's assets because the members had no remaining financial interest in the cooperative.¹⁰⁸ This justification is commonly offered for disempowering the shareholders of an insolvent corporation, but it does not apply equally to members of a cooperative because of their multiplicity of interests in the cooperative.

Consider first the shareholder. In a CCAA proceeding, shareholders have very little power: their approval is not required before the company sells its assets and they do not usually vote on a plan of arrangement.¹⁰⁹ The rationale for disempowering shareholders is that once a corporation is insolvent, their residual claim is worthless. Recall that shareholders in a standard corporation have a right to receive a distribution when a company is wound down *if there is anything left after all the creditors have been paid*. When a standard corporation is insolvent, it does not have enough assets to cover its liabilities and, consequently, the shareholders will receive nothing.¹¹⁰ If shareholders were given leverage in the insol-

¹⁰⁶ See *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 134.

¹⁰⁷ See CCAA, *supra* note 3, s 2(1).

¹⁰⁸ See *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at paras 132, 136.

¹⁰⁹ See CCAA, *supra* note 3, ss 6(1), 36(1).

¹¹⁰ See Jacob S Ziegel, "Creditors as Corporate Stakeholders: The Quiet Revolution – An Anglo-Canadian Perspective" (1993) 43:3 UTLJ 511 at 530; Luc Morin & Arad Mojta-hedi, "What did you Expect? Equity Claims, Shareholders and the Insolvent Corpora-

vency proceedings, they might use it to pursue high risk/high reward options.¹¹¹ They have nothing to lose if the gambit fails, but if the gambit succeeds, they might increase the value of the company enough to pay the creditors' claims and have something left over for the shareholders' residual claims.

Contrast shareholders of a standard corporation with members of a cooperative. Members may have some financial claims against a cooperative, including the right to receive patronage returns or dividends and the right to have their equity redeemed.¹¹² A member may have a residual claim against a cooperative if the cooperative operates in a jurisdiction that allows for such claims.¹¹³ The members have a multiplicity of other interests in a cooperative, and may regard these as more important than protecting their investment or their right to share in the profits of the cooperative. Consider three:

- Members join cooperatives because the business satisfies an economic need that they share with other members.¹¹⁴ MEC's insolvency implicated the members' access to affordable, reliable outdoor gear; other cooperatives satisfy fundamental needs including housing, work, and food.
- A member might value the cooperative because it fulfills their need in a way that aligns with their values. They may view the cooperative as a more ethical business model which allows them to "[contribute] to building a different type of economy, one that pays closer attention to the full range of interests one has as a resident, citizen, and user of services."¹¹⁵ For example, MEC had

tion" in Janis P Sarra et al, eds, *Annual Review of Insolvency Law 2018* (Toronto: Thomson Reuters, 2019) 753 at 754. See also Stephanie Ben-Ishai & Poonam Puri, "The Canadian Oppression Remedy Judicially Considered: 1995-2001" (2004) 30:1 Queen's LJ 79 at 100.

¹¹¹ See *Stelco Inc., Re*, 2006 CanLII 1773 at para 18, 2005 CarswellOnt 6483.

¹¹² See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 9; 66(1)(a), (c).

¹¹³ See Petrou, *supra* note 89 and accompanying text.

¹¹⁴ See Fici, *supra* note 55 at 27; International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 8; Fairbairn, *supra* note 77 at 5; Carol Liao, "The Next Stage of CSR for Canada: Transformational Corporate Governance, Hybrid Legal Structures, and the Growth of Social Enterprise" (2013) 9:1 JSDLP 53 at 77 [Liao, "The Next Stage"]; Ian MacPherson, "Into the Twenty-First Century: Co-operatives Yesterday, Today and Tomorrow" in Ian MacPherson, ed, *One Path to Co-operative Studies* (Victoria, BC: New Rochdale Press, 2007) 219 at 236; Münkner, *supra* note 54 at 7.

¹¹⁵ Michael Gertler, *Co-operative Membership as a Complex and Dynamic Social Process* (Saskatoon: University of Saskatchewan for the Centre for the Study of Co-operatives, 2006) at 6.

established itself as an environmental steward.¹¹⁶ Some members may have bought from MEC for this reason.

- A member might value a cooperative because it provides them with democratic tools for shaping their economic life. The members' democratic control of a cooperative is considered "the heart and soul of co-operative governance," and a "key differentiating characteristic of co-operatives in comparison to investor or shareholder-owned businesses."¹¹⁷ Shareholders also exert control over the management of a business enterprise, but the quality of their participation is different. Shareholders are provided with tools for overseeing management to guard against their investments being mismanaged. Members are provided with tools to exert control over management so that they can fulfill a shared need using democratic tools.

The members' range of interests matter for how a court applies section 36. Decisions made during insolvency proceedings — to sell the cooperative, to liquidate it, to restructure it — can significantly impact the members. These decisions can undermine the members' ability to fulfill their shared needs or to do so in a way that aligns with their values. When taken without sufficient member consultation, these decisions violate the democratic principle by which the members have chosen to organize their economic lives.

Section 36 of the *CCAA* allows courts to override the legislation that protects a member's right to be consulted on fundamental changes to a cooperative, but courts should be cautious when granting such an override given the potential impact on members and the centrality of democratic decision-making to cooperatives. Such a cautious approach would be consistent with legal principles governing section 36. The legislation directs courts to consider the effects of a sale on "other interested parties" and, when applying the *Soundair* principles, courts ask whether the interests of all parties have been considered. Members of a consumer cooperative qualify as interested parties twice over, as owners and as customers. Stephanie Ben-Ishai and Stephen Lubben observe that courts "may be more willing to approve a [sale of assets prior to a plan] when there is some greater benefit to be obtained on top of simply repaying creditors."¹¹⁸

¹¹⁶ See Bill Turner, *Co-operative Membership: Issues and Challenges* (Saskatoon: University of Saskatchewan for the Centre for the Study of Co-operatives, 2006) at 6.

¹¹⁷ International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 15, 18.

¹¹⁸ Stephanie Ben-Ishai & Stephen J Lubben, "Sales or Plans: A Comparative Account of the 'New' Corporate Reorganization" (2011) 56:3 McGill LJ 591 at 608.

Conversely, courts should be less willing to approve a sale of a cooperative's assets under section 36 where there are negative repercussions for members, including potential interruptions to the services provided by a cooperative or where members have not been given an opportunity to participate in decision-making about the future of their shared enterprise.

Had the court centred cooperative differences in its analysis of section 36, it might still have concluded that the sale should be approved because the Kingswood bid best served the members' shared need. Recall that the directors selected the Kingswood bid, in part, because it guaranteed the highest level of continued service to the members by keeping the most stores open (of any of the bids), fulfilling MEC's warranty obligations and honouring outstanding gift cards.¹¹⁹ Additionally, Kingswood undertook to "operate facilities and operations with a sustainable footprint in line with Environmental, Social and Governance investment criteria."¹²⁰ A court could conclude that the members would benefit sufficiently from the sale to justify the infringement on the democratic rights they hold as members in a cooperative. On the other hand, it would be open to a court to consider the members' range of interests and reach the opposite conclusion. The important point here is that the court should have considered the full range of the members' interests in the cooperative and resisted sidelining members simply because their residual claim had no value.

B. Fiduciary Duty

The cooperative intervenors argued that selling MEC's assets without first consulting the members amounted to a fiduciary breach.¹²¹ They characterized this as a breach of the cooperative's fiduciary duty to its members, but they key fiduciary duty implicated in the sales transaction was owed by the directors to the cooperative. The court did not engage with the breach of fiduciary duty claim in its written reasons, but the intervenors were unlikely to have succeeded with this claim in any event. The way in which Canadian courts have interpreted the content of a corporate director's fiduciary duty makes it difficult to establish a breach absent evidence of a conflict between a director's interests and those of the corporation. Directors of a cooperative are similarly insulated from claims of fiduciary breach; however, the content of their duty varies somewhat because cooperatives are established to fulfill a specific purpose, other than creating profits, because they are governed by the ICA's values and prin-

¹¹⁹ See First Report of the Monitor, *supra* note 1 at paras 9.2, 9.25; See Wallis Affidavit, *supra* note 14 at para 36.

¹²⁰ Wallis Affidavit, *supra* note 14 at para 36.

¹²¹ See Hyman Affidavit, *supra* note 43 at para 20.

ciples and because members have interests as both investors and users in a cooperative.

1. A Corporate Director's Fiduciary Obligation

Directors of a standard corporation have a fiduciary duty to act in the best interest of the corporation.¹²² In Canada's past, scholars and practitioners debated whether the duty obligated directors to maximize the value available to shareholders (aka shareholder primacy) or if they could also consider the interests of other stakeholders, such as employees, customers, and the environment (aka stakeholder theory). The Supreme Court of Canada resolved this uncertainty by espousing stakeholder theory in a pair of cases: *Peoples Department Stores Inc. (Trustee of) v Wise* and *BCE Inc. v 1976 Debentureholders*.¹²³ The court indicated that directors could consider the interests of stakeholders, including "shareholders, employees, creditors, consumers, governments and the environment", when deciding what course of action was in the best interest of the corporation.¹²⁴ These cases created uncertainty about whether directors were *encouraged*, *required*, or merely *permitted* to consider the interests of these stakeholders.¹²⁵ In practice, this distinction appears moot. Directors are careful to document that they have considered the interests of stakeholders so as to avoid any potential lawsuits.¹²⁶ Subsequent amendments to the *CBCA* adopt a permissive standard: directors "may" consider other stakeholder interests.¹²⁷

Fiduciary breach claims against directors often allege a conflict between the director's interest and that of the corporation.¹²⁸ Absent such a conflict, it is difficult to establish that directors have breached their fiduciary duty. They can justify a decision with reference to the interests of

¹²² See *CBCA*, *supra* note 60, s 122(1)(a).

¹²³ 2004 SCC 68 [*Peoples*].

¹²⁴ *Ibid* at para 42. Cited in *BCE Inc v 1976 Debentureholders*, 2008 SCC 69 at paras 39–40 [*BCE*].

¹²⁵ See Carol Liao, "A Critical Canadian Perspective on the Benefit Corporation" (2017) 40:2 Seattle UL Rev 683 at 702 [Liao, "A Critical Canadian Perspective"]; Robert E Milnes, "Acting in the Best Interests of the Corporation: To Whom is this Duty Owed by Canadian Directors? The Supreme Court of Canada in the *BCE* Case Clarifies the Duty" (2009) 24:3 BFLR 601 at 617.

¹²⁶ See also Carol Liao, "A Canadian Model of Corporate Governance" (2014) 37:2 Dal LJ 559 at 582.

¹²⁷ See *CBCA*, *supra* note 60, s 122(1.1).

¹²⁸ See J Anthony VanDuzer, *The Law of Partnerships and Corporations*, 4th ed, (Toronto: Irwin Law, 2018) at 380.

different stakeholders.¹²⁹ For example, a decision that does not positively influence shareholder profits can be justified because it benefits the corporation's employees or customers. Additionally, directors are protected by the business judgment rule, namely that courts will not second guess the business judgments of directors so long as they "have acted honestly and reasonably."¹³⁰ Poonam Puri contends that the degree of deference accorded to directors under the business judgment rule means they "are effectively insulated from review by the courts."¹³¹

2. A Cooperative Director's Fiduciary Obligation

Directors of a cooperative owe a fiduciary duty to the cooperative. The duty is stipulated in statutory provisions that mirror the language found in business corporation legislation. Directors of a standard corporation must act in the best interest of the *corporation*, whereas directors of a cooperative must act in the best interest of the *association*.¹³² However, the underlying structure of a cooperative differs from a corporation in at least three salient ways that affect the content of the director's fiduciary duty.

First, a cooperative is not established to make a profit, but rather to serve an identified need of the members.¹³³ Daniel Ish and Kathleen Ring argue that "minimization of costs is a primary goal" of a cooperative and, therefore, cooperative directors are in a position similar to corporate directors because minimizing costs and maximizing profits are two sides of the same coin.¹³⁴ Conversely, Heather Heavin argues that a cooperative's "primary objective is to serve members' needs and as such its effectiveness and efficiency must be judged by the service and benefits rendered to its members."¹³⁵ In other words, cost minimization is a secondary

¹²⁹ But see Mohamed F Khimji, "Peoples v Wise: Conflating Directors' Duties, Oppression, and Stakeholder Protection" (2006) 39:1 UBC L Rev 209 at 216.

¹³⁰ *Pente Investment Management Ltd v Schneider Corp* [1998], 42 OR (3d) 177 at para 34, 1998 CarswellOnt 4035 [*Pente Investment Management*]; *BCE*, *supra* note 124 at para 40.

¹³¹ Poonam Puri, "The Future of Stakeholder Interests in Corporate Governance" (2010) 48:3 Can Bus LJ 427 at 430.

¹³² See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 84(1)(a); *CCA*, *supra* note 66, s 80(1)(a).

¹³³ See Fairbairn, *supra* note 77 at 8.

¹³⁴ See Daniel Ish & Kathleen Ring, *Legal Responsibilities of Directors and Officers in Canadian Co-operatives* (Saskatoon: University of Saskatchewan for the Centre for the Study of Co-operatives, 1995) at 47.

¹³⁵ Heavin, *supra* note 76 at 192; Roger Spear, "Governance in Democratic Member-Based Organizations" (2004) 75:1 Annals Public & Cooperative Economics 33 at 46 [Spear,

goal and desirable only to the extent it helps the cooperative better fulfill its members' needs. Heavin's description is more accurate: the primary goal of the directors at MEC was to supply outdoor goods to the membership. Cutting costs could help the directors to achieve this goal, but could never supplant the cooperative's primary goal. When deciding between alternative courses of action, directors of a cooperative must consider how each option will affect the cooperative's ability to fulfill its primary purpose.

Second, the ICA's principles and values infuse the directors' fiduciary duty. Recall that these values and principles are broadly reflected in cooperative statutes.¹³⁶ The principles and values are flexible and do not dictate specific courses of action, but they do favour some over others. For example, democracy is a fundamental cooperative value.¹³⁷ When directors of a cooperative are considering a major transaction, such as selling the business, they should put greater importance on consultation with members than would the directors of a standard corporation because their organization has embraced member democracy as a guiding value.

Third, the members play (at least) two different roles in the cooperative: as owners and as users. In MEC's case, this meant that the directors were not deciding between the competing interests of shareholders and customers, but rather trying to decide how best to serve a group of members who played both roles. Carol Liao suggests that "the fusion of owner and user roles in cooperative ownership enforces an unassailable stakeholder-based style of governance that cannot be replicated in for-profit companies."¹³⁸ Yet still, directors must balance conflicting stakeholder interests. Members have interests that can conflict with those of non-member stakeholders, such as creditors and suppliers. Members hold multiple roles in the cooperative and may find that their interests in one role conflict with their interests in another. MEC's directors were faced with a decision to either sell the cooperative's assets or ask the members for financial contributions. When weighing these options, the directors may have considered that a sale would better sustain the enterprise's operations (thereby benefitting the members as customers), whereas a member contribution drive would be more likely to retain the cooperative structure of the enterprise (thereby benefitting the members as owners).

"Governance"]. See also Kathryn Chan, "Identifying the Institutional Religious Freedom Claimant" (2017) 95:3 Can Bar Rev 707 at 721 (making a similar argument about the fiduciary duties of the directors of charitable organizations).

¹³⁶ See *supra* notes 66-69.

¹³⁷ See Heavin, *supra* note 76 at 209-210.

¹³⁸ Liao, "The Next Stage", *supra* note 114 at 78. See also Sonja Novkovic, "Defining the Co-operative Difference" (2008) 37:6 J Socio-Econ 2168 at 2175.

Directors are entitled to choose a course of action that benefits some stakeholders over others, or the interests of members-as-customers over those of members-as-owners.

3. MECs Directors Likely Satisfied Their Fiduciary Obligation to the Cooperative

MEC's directors argued that the Kingswood bid was in the best interest of all the stakeholders. The bid allowed MEC to repay its secured creditors in full and make distributions to its unsecured creditors. Most employees had the option of continuing to work for the new owner. Most of the store locations would continue to serve members, and the members could still use the warranties and gift cards issued by MEC. Suppliers could maintain their business relationships with MEC.¹³⁹

The dissenting members believed a different course of action would serve them better as members, but MEC's directors had a strong argument that they had satisfied the Supreme Court of Canada's fiduciary standard. It is difficult for a stakeholder to establish fiduciary breach by directors for failure to give sufficient weight to a stakeholder's interest. The source of this difficulty is two-fold: directors need only show that they considered the stakeholder's interest, not that they acted in favour of it, and their decisions are subject to deference under the business judgment rule. The MEC directors considered the members' interests as owners and acted in the way that they believed best served their interests as customers as well as benefitting other stakeholders.

C. Oppression

The dissenting members argued that the directors acted oppressively by selling MEC's assets without first consulting the membership.¹⁴⁰ The court dismissed this claim holding it was unreasonable for the members to expect to be consulted given that their financial interest in the cooperative had no value. Again, the court equated members with shareholders and remained preoccupied with their residual claim. It also dismissed the members' proposed alternatives to the sale as infeasible. Had the court centred cooperative difference in its analysis, it would have been justified in granting the dissenting members' requested remedy of a two-week delay, either under the oppression remedy or using the scope available to it under the CCAA to respond to unfairness in the insolvency process.

¹³⁹ See *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 137; *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at paras 34–36; First Report of the Monitor, *supra* note 1 at paras 9.2, 9.25–9.27.

¹⁴⁰ See *Harding Application*, *supra* note 37 at Part 3, para 17.

1. The Oppression Remedy

Oppression is a legal remedy that is included in both business corporation and cooperative legislation.¹⁴¹ It provides remedies to a range of stakeholders to challenge unfair conduct. For example, in a standard corporation, minority shareholders can use the oppression remedy to challenge unfair conduct by a majority shareholder, a majority shareholder might use it to challenge unfair conduct by the directors, and creditors can use it to challenge unfair conduct by the corporation.

A threshold question in an oppression claim is whether the party alleging oppressive conduct has standing. The shareholders, directors, and officers of a standard corporation can bring an oppression claim, as can any other person that the court considers to be a proper party.¹⁴² Some stakeholders – such as creditors or employees – can only bring an oppression claim if they satisfy the court that they are a proper party. Under both federal and British Columbian cooperative legislation, members are explicitly granted standing to bring oppression claims.¹⁴³ Thus, there is no question about standing in the MEC case: the members had it.

In the context of a standard corporation, the Supreme Court of Canada articulated a two-part test to determine whether a party has acted oppressively:

- (1) Does the evidence support the reasonable expectation asserted by the claimant?
- (2) Does the evidence establish that the reasonable expectation was violated by conduct falling within the terms “oppression,” “unfair prejudice,” or “unfair disregard” of a relevant interest?¹⁴⁴

This same two-part test applies to oppression actions under federal and British Columbian cooperative legislation.¹⁴⁵

¹⁴¹ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 156.

¹⁴² See Ziegel, *supra* note 110 at 527; see also Mohamed F Khimji & Jon Viner, “Oppression: Reducing Canadian Corporate Law to a Muddy Default” (2015-16) 47:1 *Ottawa L Rev* 127 at 136–137.

¹⁴³ See *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 156(1); *CCA*, *supra* note 66, ss 313(1)(b), 329(2)(d), 338, 340.

¹⁴⁴ *BCE*, *supra* note 124 at para 68.

¹⁴⁵ See *Potter v Vancouver East Cooperative Housing Association*, 2019 BCSC 871 at para 91 [Potter]; *Collins*, *supra* note 54 at paras 108–09; *Sedgwick v Edmonton Real Estate Board Co-Operative Listing Bureau Limited (Realtors Association of Edmonton)*, 2022 ABCA 264 at paras 89-93 (applying the BCE test but with attention to the different purpose and characteristics of a quasi-regulatory cooperative in Alberta); Jackson & Smith, *supra* note 54 at part 19 (the oppression provision in the federal cooperative le-

The term “reasonable expectation” indicates that the oppression remedy should address questions of fairness that go beyond the explicit agreements made between the parties.¹⁴⁶ Thus, conduct that is “technically or procedurally valid” may still be oppressive.¹⁴⁷ A court will examine a range of factors to determine whether an expectation is reasonably held, including, “general commercial practice; the nature of the corporation; the relationship between the parties; past practice; steps the claimant could have taken to protect itself; representations and agreements; and the fair resolution of conflicting interests between corporate stakeholders.”¹⁴⁸ The standard is very context-specific; precedents are of limited value.¹⁴⁹

A stakeholder cannot use the oppression remedy to challenge all conduct that violates their reasonable expectations. The conduct must also be oppressive, unfairly prejudicial, or evidence unfair disregard of the stakeholder’s interests.¹⁵⁰ These three standards exist on a spectrum of severity.¹⁵¹ Oppression refers to the most serious forms of misconduct “that has variously been described as “burdensome, harsh and wrongful,” “a visible departure from standards of fair dealing,” and an “abuse of power going to the probity of how the corporation’s affairs are being conducted.”¹⁵² Unfair prejudice connotes conduct on the middle of the spectrum between op-

gislation was based on the oppression provision in the *Canada Business Corporations Act*). In a second decision in the *Potter* litigation, *Potter v Vancouver East Cooperative Housing Association*, 2020 BCSC 361 at paras 38–40, the court held that principles developed by the Supreme Court of Canada in *Wilson v Alharayeri*, 2017 SCC 39 at paras 49–57 to guide courts granting remedies in situations of corporate oppression could be applied to cooperatives.

¹⁴⁶ See Mary Anne Waldron, “Corporate Theory and the Oppression Remedy” (1982) 6:2 Can Bus LJ 129 at 150–51.

¹⁴⁷ See *Collins*, *supra* note 54 at para 112 citing, *Diligenti v RWMD Operations Kelowna Ltd* [1976], 1 BCLR 36 (BCSC) at para 41, BCJ No 38.

¹⁴⁸ *BCE*, *supra* note 124 at para 72; Janis Sarra, “Creating Appropriate Incentives: A Place for the Oppression Remedy in Insolvency Proceedings” in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law, 2009* (Toronto: Thomson Reuters, 2010) 99 at 104.

¹⁴⁹ See Raymonde Crête, “Dealing with Unfairness: Some Observations on the Role of the Courts in Designing a Fair Solution” (2003) 36:3 UBC L Rev 519 at 521–24; Shannon Kathleen O’Byrne & Cindy A Schipani, “Feminism(s), Progressive Corporate Law, and the Corporate Oppression Remedy: Seeking Fairness and Justice” (2017) 19:1 Geo J Gender & L 61 at 101–104; Khimji & Viner, *supra* note 142 at 144.

¹⁵⁰ See *Business Corporations Act*, SBC 2002, c 57, s 227(2) (British Columbia’s corporate and cooperative legislation only incorporate the first two standards of conduct); *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 156(1).

¹⁵¹ See *BCE*, *supra* note 124 at para 91.

¹⁵² *Ibid* at para 92, citing Markus Koehn, *Oppression and Related Remedies*, (Toronto: Thomson Carswell, 2004) at 81.

pression and unfair disregard; unfair disregard is the least serious of the three.¹⁵³

The oppression standard overlaps with, but is separate from, the fiduciary standard to which directors are held.¹⁵⁴ In considering whether directors have acted oppressively, courts may consider whether they have fulfilled their fiduciary duty.¹⁵⁵ However, conduct which does not run afoul of the fiduciary standard can still violate the oppression standard.¹⁵⁶ The fiduciary standard requires directors to engage in a “delicate and difficult balancing of interests” and courts are deferential to the decisions directors make.¹⁵⁷ In contrast, the oppression standard “merely seeks to prevent unfair disregard of stakeholder interests.”¹⁵⁸ Thus, courts have more scope to intervene when a party breaches the oppression standard, and litigants may find that it is easier to prove a breach of the oppression standard than the fiduciary one.

When a court finds oppression, it has a breadth of remedies at its disposal. The business corporation acts provide a long, non-exhaustive list of possible remedies, including the power to grant a compensatory judgment, to undo a transaction, and to grant injunctive relief.¹⁵⁹ Similar lists of remedies have been incorporated into cooperative legislation.¹⁶⁰ In British Columbia, the courts have described their remedial powers under the oppression provision in the cooperative legislation as being “extremely broad.”¹⁶¹ Yet, courts are expected to carefully tailor their remedy to rectify the oppression: “[t]he job for the court is to even up the balance, not tip it in favour of the hurt party.”¹⁶²

¹⁵³ See *BCE*, *supra* note 124 at paras 93–94.

¹⁵⁴ See *Khimji*, *supra* note 129 at 232.

¹⁵⁵ See *Wilson v Cowichan Co-operative Services* (1986), 10 BCLR (2d) 135 (BCCA) at paras 10, 25–30, 1986 CarswellBC 1534 DLR (4th) 620 (BCCA).

¹⁵⁶ See *ibid.*

¹⁵⁷ See notes 130 and 131.

¹⁵⁸ Ben-Ishai & Puri, *supra* note 110 at 83.

¹⁵⁹ See e.g. *CBCA*, *supra* note 60, s 241(3).

¹⁶⁰ See e.g. *CCA*, *supra* note 66, s 340(3); *Cooperative Association Act*, *supra* note 32, s 156(3).

¹⁶¹ *Potter*, *supra* note 145 at para 81.

¹⁶² *820099 Ontario Inc v Harold E Ballard Ltd* (1991), 3 BLR (2d) 113 at 197, 1991 CarswellOnt 142 (Ont Ct J (Gen Div)), quoted with approval in *Nanef v Con-Crete Holdings Ltd* (1995), 23 OR (3d) 481 at para 33, 1995 CarswellOnt 1207 (Ont CA). See also *Crête*, *supra* note 149 at 535–38.

2. Access to Oppression Claims is Limited in Insolvency Proceedings

Academics and practitioners have debated whether the oppression remedy should be available against a debtor after it has commenced insolvency proceedings.¹⁶³ One concern is that a litigant raising an oppression claim against an insolvent party may create delays that derail the insolvency proceedings.¹⁶⁴ Another is that the litigant may use the threat of an oppression claim to exact unfair concessions from the debtor.¹⁶⁵ Scholars and practitioners argue that these risks justify limiting litigants from making oppression claims against insolvent debtors.

A further rationale for limiting oppression actions against an insolvent party is that the oppression standard is redundant: the *CCAA* requires courts to examine whether the parties have acted unfairly. In the *CCAA* proceedings of Canadian Airlines Corporation, the Alberta Court of Queen's Bench held that it could only approve a plan of arrangement if it was fair and oppression is the "antithesis" of fairness.¹⁶⁶ But absent unfairness, "the court retains the power to compromise or prejudice rights to effect a broader purpose, [such as] the restructuring of an insolvent company."¹⁶⁷ Similar logic should guide the court when it is asked to approve a pre-plan sale. Section 36 directs the court to consider whether the sale process is "reasonable."¹⁶⁸ The *Soundair* criteria directs the court to consider whether there was any "unfairness in the working out of the process."¹⁶⁹ Both of these standards require the court to consider whether the debtor or other relevant parties have acted unfairly.

Janis Sarra has offered a solution for how courts can reconcile the redundancy between the centrality of fairness to the oppression standard and the tests set out in the *CCAA* for sanctioning a plan or approving a

¹⁶³ Arguing that it should not, see e.g. Stephanie Ben-Ishai & Catherine Nowak, "The Threat of the Oppression Remedy to Reorganizing Insolvent Corporations" in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law, 2008* (Toronto: Thomson Carswell, 2009) 429 at 430; Natasha MacParland & Linda Chiasson, "Narrowing the Lens: Limiting the Use of Oppression in *CCAA* Proceedings" in Janis P Sarra, ed, *Annual Review of Insolvency Law, 2008* (Toronto: Thomson Carswell, 2009) 407 at 407. Arguing that it should, see e.g. Sarra, "Creating Appropriate Incentives", *supra* note 148 at 99.

¹⁶⁴ See Ben-Ishai & Nowak, "The Threat of the Oppression Remedy", *supra* note 163 at 440.

¹⁶⁵ See *ibid* at pp 449-450.

¹⁶⁶ See *Re Canadian Airlines Corporation*, 2000 ABQB 442 at para 145 [*Canadian Airlines*]. See also Andrew JF Kent et al, "Canadian Business Restructuring Law: When Should a Court Say 'No'?" (2008) 24:1 BFLR 1 at 27.

¹⁶⁷ *Canadian Airlines*, *supra* note 166 at para 145.

¹⁶⁸ See *CCAA*, *supra* note 3, s 36(3)(a).

¹⁶⁹ *Soundair*, *supra* note 98 at 93.

sale. Sarra suggests that courts should make a “preliminary assessment” of an oppression claim and if the conduct complained of was “a function of the insolvency proceeding,” the court should consider the issues within “the context of the insolvency proceeding.”¹⁷⁰ In other words, a court would apply the relevant test under the *CCAA* and decline to sanction a plan or authorize the sale if there was evidence of unfairness.¹⁷¹ The court would not grant relief under the oppression provision of the applicable corporate or cooperative statute. At the same time, this author suggests that a court should not entirely disregard the jurisprudence surrounding the oppression remedy. The question of fairness remains central to the *CCAA* tests, and the principles articulated with respect to oppression actions provide a nuanced framework that can help inform the court’s assessment of whether unfairness has occurred.¹⁷²

3. The Oppression Claim Against MEC’s Directors

In the MEC *CCAA* proceedings, the dissenting members argued that the directors acted oppressively when they sold the cooperative’s assets without consulting the members. The court disagreed. It determined that it was unrealistic of the members to expect that they would be consulted “when the co-operative is insolvent and their memberships presently have no value.”¹⁷³ In other words, the dissenting members did not satisfy the first step of the two-part oppression test: i.e., showing that they had a reasonable expectation of being consulted prior to the sale of MEC’s assets.

The failure of the dissenting members’ oppression claim was not inevitable. The court emphasized the cooperative’s insolvency and the infeasibility of an alternative solution when it characterized the members’ consultation expectation as unrealistic. However, a court that paid close attention to the relevance of MEC’s cooperative form could have reached the opposite conclusion.

A business’ insolvency affects what expectations its stakeholders can reasonably hold: “[i]nsolvency proceedings may result in otherwise unusual conduct by the company, which will not necessarily be viewed as

¹⁷⁰ Sarra, “Creating Appropriate Incentives”, *supra* note 148 at 136.

¹⁷¹ See Kent et al, *supra* note 166 at 27.

¹⁷² See Jassmine Girgis, “An Oppression Remedy v Fraudulent Conveyance Legislation: Which Legislative Scheme Better Protects Creditors from Opportunistic Debtors?” in Jill Corraini & Hon D Blair Nixon, eds, *Annual Review of Insolvency Law 2019* (Toronto: Thomson Reuters, 2020) 415 at 419–20.

¹⁷³ *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 136.

oppressive conduct.”¹⁷⁴ All stakeholders may be subject to unusual treatment during CCAA proceedings because the statute empowers businesses to take extraordinary measures to enable their survival—for instance, disclaiming contracts, compromising claims, and staying enforcement actions. Yet, extenuating circumstances notwithstanding, fairness still matters.

The MEC decision identifies the dissenting members’ “most significant complaint” as being that they “will ‘lose’ their substantial financial interest in MEC.”¹⁷⁵ But as discussed above, members have other interests in a cooperative that go beyond their residual claim on the association. These interests—financial and otherwise—warranted consideration.¹⁷⁶

Yet the members would only have a *reasonable* expectation of consultation if there was a feasible alternative to the Kingswood sale; it would not be reasonable for the members to expect the directors to pursue an infeasible course of action. The dissenting members argued that the directors could feasibly have resolved the cooperative’s financial difficulty through other means, including raising capital from the members. Even when the CCAA proceedings commenced, the members maintained that alternative solutions were possible. They wanted time to explore these alternatives. They argued that the possibility of funding from the members warranted member consultation in the first place and justified delaying the sale.

MEC took the position that there was no better alternative to the Kingswood sale and that member consultations would have only created unnecessary delays. The directors did not canvass the members for capital because they viewed that step as “impracticable to impossible.”¹⁷⁷ They suggested that a public plea for financing from their members would have created problems, potentially including landlords and suppliers becoming less lenient with credit terms and strengthening potential purchasers’ negotiating position once such parties became aware of MEC’s financial difficulties.

The court accepted that member financing was infeasible.¹⁷⁸ The court’s deference to the directors’ view is unsurprising, given the business

¹⁷⁴ Ben-Ishai & Nowak, “The Threat of the Oppression Remedy”, *supra* note 163 at 438.

¹⁷⁵ *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 123.

¹⁷⁶ See Poonam Puri and Stephanie Ben-Ishai’s review of oppression cases in Canada indicates that non-financial interests can be important when carrying out an oppression analysis, see Ben-Ishai & Puri, *supra* note 110 at 82, 104.

¹⁷⁷ *Wallis Affidavit*, *supra* note 14 at para 20.

¹⁷⁸ See *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 109.

judgment rule discussed above.¹⁷⁹ Moreover, in insolvency proceedings, when the directors' decisions are endorsed by the monitor as fair and reasonable, courts are unlikely to disagree, rendering it difficult for stakeholders to challenge the outcome.¹⁸⁰ Yet, again, the court's conclusion was not foregone.

Despite the tight timeline between the initiation of the CCAA proceedings and the section 36 approval hearing, the cooperative intervenors produced evidence to show that member financing was a feasible alternative. A "recognized international co-operative expert" submitted an affidavit detailing several substantial American transactions involving member financing of cooperatives.¹⁸¹ The expert opined that similar transactions would be allowed under British Columbia's security regulations. Furthermore, MEC had a track record of using member financing to avoid insolvency. In coverage of the MEC CCAA proceedings, a founding member described how board members and senior employees made loans to the cooperative during a liquidity crisis in 1977.¹⁸²

The dissenting members and intervenors could also have tendered evidence that a solution premised on member financing would have been more consistent with cooperative values than either the proposed sale or financing from a new lender. A cooperative that finances its enterprise with loans from a third-party creditor risks giving the creditor control over the cooperative.¹⁸³ Creditors in MEC's insolvency dramatically exercised such control, yet it may also be exercised in other ways, such as through covenants in a lending agreement.¹⁸⁴ The control cooperatives cede to their creditors when they take on debt can run contrary to the 4th ICA cooperative principle: that cooperatives should be autonomous.¹⁸⁵ The ICA recommends that cooperatives first look to their own members for capital, followed by other cooperatives or cooperative institutes, then so-

¹⁷⁹ See *BCE*, *supra* note 124 at para 40; *Pente Investment Management*, *supra* note 130 at para 34; Puri, *supra* note 131 at 430; *Mountain Equipment Co-Operative*, *supra* note 44 at para 117.

¹⁸⁰ See Kent et al, *supra* note 166 at 16.

¹⁸¹ See *Re Mountain Equipment Co-Operative*, 2020 BCSC 1586 (Affidavit, William Oemichen's sworn statement dated 25 September 2020 at para 18).

¹⁸² See Rob Brusse, "MEC Members Bypassed in Sale of Assets to U.S. Firm" (22 September 2020) at 00h:09m:05s, online (podcast): *Each for All: The Co-operative Connection*, online: <eachforall.coop> [perma.cc/P7JY-62PH].

¹⁸³ See International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 34, 52.

¹⁸⁴ See *ibid*.

¹⁸⁵ See *ibid* at 52.

cial bonds and investors, and finally commercial lenders as the last resort.¹⁸⁶

The criteria used by courts in oppression proceedings to assess the reasonableness of an expectation lends weight to the dissenting members' position. The criteria include "the structure of the corporation" and "representations and agreements."¹⁸⁷ In other oppression actions involving cooperatives, courts have attached significance to the internal documents of the cooperative, including its mission statement, values, and rules.¹⁸⁸ The dissenting members noted that provincial legislation and MEC's internal rules enshrined their expectation of consultation. The court attached little weight to these considerations, but it could have placed more emphasis on them.

Oppression decisions are nuanced and context specific. The dissenting members' claim of having been treated oppressively does not shade into a credible argument until the differences between corporations and cooperatives are fleshed out. A court could have found that the members had a reasonable expectation that they would be consulted given that:

- the members had an interest in the cooperative as consumers;
- democratic member control is a guiding value in the cooperative sector;
- member financing is the recommended method for cooperatives to raise capital;
- member financing has been used successfully by other cooperatives and previously by MEC, and;
- consultation was a requirement in both the internal rules of the cooperative and the applicable provincial legislation.

As such, the court could have found that the directors acted unfairly towards the members' interests when they sold the cooperative's assets without consulting its members. The sought-after remedy—a two week delay in the sale process—would have partly rectified the oppressive conduct by giving the members an opportunity to provide meaningful input into decisions about the future of their shared enterprise. The dissenting members simply wanted more time. The Court would have been justified in granting this remedy.

¹⁸⁶ See *ibid* at 40.

¹⁸⁷ *BCE*, *supra* note 124 at paras 74, 79–80.

¹⁸⁸ See *Potter*, *supra* note 145 at paras 213–14; *Scipio v False Creek Housing Co-operative Housing Association*, 2012 BCSC 1339 at para 31.

Granting the requested remedy could also have carried precedential value. If the court delayed the MEC sale, participants in future insolvencies would be encouraged to take a different approach to cooperative members to avoid having a court challenge derail the proceeding. Janis Sarra identified four ways that stakeholders with non-capital economic interests can be given a bigger role in insolvency proceedings: by providing them with advance notice of steps in the proceedings, by disclosing relevant information, by enhancing their participation rights (e.g., including them on a creditors committee or granting them representative counsel), and by enhancing their decision-making rights (e.g., giving them the ability to vote non-capital claims).¹⁸⁹ Though Sarra's writing pertained to stakeholders like employees and local First Nations communities, her insights could apply to cooperative members as well. In a pre-pack sale like MEC's, a cooperative's directors can take steps to ensure the members are represented in the pre-insolvency negotiation process. For example, the MEC directors could have appointed a member representative to the special committee that oversaw the search for refinancing and eventual sale. Alternatively, they could have built more time into the transaction so that members would have had a meaningful opportunity to digest information and participate once the insolvency proceedings began.

It is worth noting that the need MEC filled for its members—access to reliable, affordable outdoor gear—is less fundamental than the needs filled by other cooperatives who may operate housing, employ their members, or provide a key service, such as operating the only grocery store in a remote community. Giving cooperative members an enhanced role in insolvency proceedings will be even more important when the cooperative fills a fundamental need for its members.

IV. This is a Corporation's World (But it Ain't Nothing without A Cooperative)¹⁹⁰

MEC has completed the sale of its assets. Remutualization of the business back into a cooperative remains a possibility, at least in theory, but for the time being, MEC's most important contribution may be the lessons that can be drawn from its insolvency proceedings.¹⁹¹ Insolvency practi-

¹⁸⁹ See Janis Sarra, *Creditors Rights and the Public Interest: Restructuring Insolvent Corporations* (Toronto: University of Toronto Press, 2003) at 281–83.

¹⁹⁰ With apologies to James Brown and Betty Jean Newsome.

¹⁹¹ See generally Robert Briscoe, Olive McCarthy & Michael Ward, "From Co-operatives to Conventional Businesses and Back Again: The Irish Co-operative Experience" in Jorge Sousa & Roger Herman, eds, *A Co-operative Dilemma: Converting Organizational Form* (Saskatoon: Centre for the Study of Co-operatives, 2012) 237 at 258–67.

tioners and judges, cooperatives, educators, legislators, and lobbyists can all learn from what happened to MEC.

Some of the lessons for insolvency practitioners and judges are not new, but rather a reiteration of important issues in commercial insolvency law. Pre-pack sales create a risk of unfairness by allowing corporate insiders to complete transactions without input from or oversight by affected stakeholders. Directors must act in the best interest of the enterprise having regard for the range of stakeholders impacted by insolvency proceedings. The oppression remedy becomes partly redundant once a court is required to apply the statutory tests of the *CCAA*.

MEC's proceedings also illustrate how the legal form of a debtor demands new approaches to old ideas. The practices and principles developed to deal with insolvent corporations may not apply to entities with alternative legal forms, such as cooperatives. Alan Robb, James Smith and J Tom Webb make this point poetically:

Co-operative businesses are islands in a sea of investor-owned firms. As islands they take on the language and concepts of the world around them even when they know they are not true for them and do not fit.¹⁹²

In MEC's proceedings, the multiplicity of the members' interests and the importance of democratic control were relevant to a court's application of section 36 of the *CCAA*, the director's fiduciary duty, and questions of fairness under both the oppression standard and the *CCAA*'s statutory tests. Insolvency practitioners and judges risk creating unfair results when they treat cooperatives or other non-standard entities like corporations.

This issue of legal form is significant to insolvency practice because a growing range of entities have used the *CCAA* to address their financial difficulties. Over the past forty years, courts have shown flexibility in how they interpret the eligibility provisions in the *CCAA*, expanding what types of entities can use the statute.¹⁹³ More recently, Canadian jurisdictions have experimented with hybrid legal forms, such as community contribution companies, community service cooperatives, and benefit corpo-

¹⁹² Alan J Robb, James H Smith & J Tom Webb, "Cooperative Capital: What It is and Why Our World Needs It" (Paper delivered at the conference on Financial Co-operative Approaches to Local Development Through Sustainable Innovation, Trento, Italy, 10-11 June 2010), (28 March 2010) at 2, online (pdf): *Community-Wealth.Org* <staging.community-wealth.org> [perma.cc/JRZ6-KM4V].

¹⁹³ See Virginia Torrie, *Reinventing Bankruptcy Law: A History of the Companies' Creditors Arrangement Act* (Toronto: University of Toronto Press, 2020) at 136.

rations.¹⁹⁴ These two trends—the expanding scope of the CCAA and the growing number of available legal forms—means that more insolvency proceedings may involve non-standard entities.

The cooperative legal form includes mechanisms that should safeguard cooperative enterprises from involuntary demutualization, but only if a cooperative's leaders and members pay attention to issues of governance as well as membership engagement and education.¹⁹⁵ During MEC's CCAA proceedings, the members criticized the directors for failing to consult prior to the sale of the assets. Yet they should have consulted members even earlier—when they took on a substantial amount of new debt. Because debt threatens the independence of a co-operative, the ICA recommends that the directors seek approval from members when significant financial agreements are contemplated.¹⁹⁶ Brett Fairbairn notes that when cooperatives consult with members they may avoid taking on debt because members may help managers see that a proposed expansion is “misdirected or excessively ambitious.”¹⁹⁷

Members have statutory tools to control directors, including voting to replace them. However, in the years leading up to its insolvency, the bulk of MEC's members were not engaged in governing the cooperative. One measure of engagement is the percentage of members participating in director elections.¹⁹⁸ Between 2016 and 2018, approximately one percent of MEC members voted in board elections.¹⁹⁹ This low level of participation may be partly attributable to MEC's directors adopting “qualifications and rules for elections” which prevented interested members from being

¹⁹⁴ See *Business Corporations Act*, *supra* note 150 at Parts 2.2, 2.3; *Cooperative Association Act*, *supra* note 32 at s 178.1. See also Liao, “The Next Stage”, *supra* note 114 at 79–80; Liao, “A Critical Canadian Perspective”, *supra* note 125 at 684–85; Gail E Henderson, “Could Community Contribution Companies Improve Access to Justice?” (2016) 94:2 Can Bar Rev 209 at 217–19; Vanisha H Sukdeo, “What is the Benefit of a ‘Benefit Corporation’? Examining the Advantages and Detriment” (2015) 31:1 BFLR 89 at 109; Roger Spear, “Co-operative Hybrids” (Presentation at “Co-operatives’ Contributions to a Plural Economy”, Conference of Research Committee of the International Co-operative Alliance with the CRESS Rhone-Alpes and the University Lyon 2, 2-4 September 2010) at 2, online: *Academia* <www.academia.edu> [perma.cc/8WTE-XAAH].

¹⁹⁵ See Max Fawcett, “What Can We Learn from the Fall of MEC”, *The Walrus* (20 January 2021), online: <thewalrus.ca> [perma.cc/QR6L-UZ3K]. See also Marc-Andre Pigeon & Anthony Piscitelli, “The MEC Debacle Is a Predictable and Avoidable Governance Failure”, *The Conversation* (29 September 2020), online: <theconversation.com> [perma.cc/6QBU-AXGU]; Yu, *supra* note 51 at 4.

¹⁹⁶ See International Co-operative Alliance, “Guidance Notes”, *supra* note 11 at 52.

¹⁹⁷ Fairbairn, *supra* note 77 at 27.

¹⁹⁸ See Gertler, *supra* note 115 at 5.

¹⁹⁹ The voting turnout was 0.9% in 2018, 1.2% in 2017; 1.2% in 2016, calculations on file with author.

elected to the Board.²⁰⁰ One might also attribute the low levels of member engagement to MEC's (old) age and (big) size. As cooperatives get bigger and older, members can become disengaged: "member relations to their cooperative tend to turn into ordinary customer relations and the solidarity among members is usually weakened."²⁰¹ A negative feedback loop may arise where directors perceive low levels of participation as evidence that members are "too disinterested or too busy to take part in co-operative governance."²⁰² Subsequently, directors may do less to engage members.

The degeneration of member engagement is neither inevitable nor irreversible; cooperatives can also regenerate.²⁰³ One tool to spur regeneration is to educate members.²⁰⁴ Philosophically, this education should aim to foster a culture of engagement by "develop[ing] a shared meaning and commitment to the cooperative's aims and practices."²⁰⁵ Practically, the education should enable members to exercise democratic control over the managers of their cooperative.²⁰⁶ Member education can also help a cooperative's bottom line; a cooperative that educates its members about the benefits it provides to them may foster loyalty and trust with its members and thus do more business with them.²⁰⁷

Cooperative members are not the only players who would benefit from education. MEC's sale suggests that lawyers, judges, lenders, and business people do not have a deep appreciation for how cooperatives differ

²⁰⁰ See International Co-operative Alliance, "Guidance Notes", *supra* note 11 at 17. See Mountain Equipment Co-operative, "Minutes of the 46th Annual General Meeting" (held on 22 June 2017) at 5; Mountain Equipment Co-operative, "Minutes of the 45th Annual General Meeting" (held on 14 April 2016) at 5; Mountain Equipment Co-operative, "Minutes of the 44th Annual General Meeting" (held on 23 April 2015) at 4; Mountain Equipment Co-operative, "Minutes of the 43rd Annual General Meeting" (held on 24 April 2014) at 2–5.

²⁰¹ Münkner, *supra* note 54 at 33.

²⁰² Gertler, *supra* note 115 at 9.

²⁰³ See Spear, "Governance", *supra* note 135 at 41–42; Cornforth, *supra* note 11 at 514.

²⁰⁴ See Cornforth, *supra* note 11 at 515–16. On the centrality of education to the early Canadian cooperative movement, see Ian MacPherson, "The Origins of the Canadian Co-operative Movement, 1900-1914" in Ian MacPherson, ed, *One Path to Co-operative Studies: A Selection of Papers and Presentations* (Victoria, BC: British Columbia Institute for Co-operative Studies & New Rochdale Press, 2007) 7 at 20.

²⁰⁵ Cornforth, *supra* note 11 at 516.

²⁰⁶ See Münkner, *supra* note 54 at 113–14.

²⁰⁷ See Fairbairn, *supra* note 77 at 13; Daniel Côté, "Loyauté et identité coopérative: l'implantation d'un nouveau paradigme coopératif" (2005) 295 R Intl Économie Soc 50 at 55–56; Roger Spear, "The Co-operative Advantage" (2000) 71:4 Annals Public & Cooperative Economics 507 at 521–22.

from corporations. Those of us teaching in relevant areas of post-secondary institutions have work to do. One aim of this article has been to provide a resource for teaching about cooperatives.

It has become more difficult to educate parties about cooperative difference because legislators and lobbyists have eroded that difference by harmonizing cooperative and corporate statutes.²⁰⁸ The flexibility built into the legislation may provide those setting up a cooperative with useful options, but it also threatens to foment confusion about who qualifies as a cooperative and how they operate.²⁰⁹ Legislators and lobbyists may wish to reflect on whether harmonization has served the cooperative sector well.

Cooperatives play an important role in the Canadian economy and they provide members with a different model for organizing their economic lives. If actors apply laws—insolvency and otherwise—to cooperatives without careful attention to cooperative difference, they risk undermining the cooperative model and the choices of the members who have opted to do business in a cooperative manner.

²⁰⁸ See Münkner, *supra* note 54.

²⁰⁹ See International Co-operative Alliance, “Guidance Notes”, *supra* note 11 at 63.

LA LOI 101 ET L'ÉGALITÉ LINGUISTIQUE AU SENS DE LA CHARTE CANADIENNE

*Érik Labelle Eastaugh**

Le paragraphe 16(3) de la *Charte canadienne des droits et libertés* permet au Parlement et aux législatures provinciales de légiférer afin de « favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». Le présent texte cherche à mieux comprendre le rapport entre la *Charte de la langue française* (CLF) et cette disposition. Selon une hypothèse très répandue, il y aurait une incompatibilité structurelle fondamentale entre le régime linguistique de la CLF et celui de la *Charte canadienne*. L'auteur analyse cette hypothèse et conclut qu'elle doit être rejetée, pour trois raisons principales. Premièrement, elle comporte des faiblesses méthodologiques importantes qui faussent l'analyse du rapport entre leurs cadres conceptuels respectifs. Deuxièmement, elle soutient que les deux instruments seraient fondés sur des principes structurels discordants, voire antinomiques (« territorialité » c. « personnalité », « interculturelisme » c. « multiculturalisme », « droits collectifs » c. « droits individuels »), alors qu'il s'agit de fausses dichotomies qui ne démontrent aucunement l'existence d'une antinomie sur le plan juridique. Troisièmement, contrairement à ce que prétendent certains auteurs, la jurisprudence relative à la constitutionnalité de la CLF ne révèle pas qu'elle serait foncièrement incompatible avec le régime linguistique de la *Charte canadienne*. En dernière analyse, l'hypothèse de l'incompatibilité structurelle repose sur des considérations de nature idéologique ayant très peu de pertinence d'un point de vue juridique. L'auteur propose donc que la CLF pourrait en effet s'avérer une loi visant l'égalité linguistique au sens de la *Charte canadienne*, mais que la portée des intérêts visés par ce principe doit être précisée davantage avant qu'il ne soit possible d'offrir une réponse définitive.

Subsection 16(3) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* allows Parliament and the provincial legislatures to enact legislation to “advance the equality of status or use of English and French”. This article seeks to better understand the relationship between the *Charter of the French Language* (CFL) and this provision. According to a widely held view, there is a fundamental structural incompatibility between the CFL's underlying language policy scheme and that of the *Canadian Charter*. The author argues that this view must be rejected, for three main reasons. First, it suffers from significant methodological weaknesses that distort the analysis of the relationship between their respective conceptual frameworks. Second, it holds that the two instruments are based on discordant, even anti-nomic structural principles (“territoriality” v. “personality”, “interculturalism” v. “multiculturalism”, “collective rights” v. “individual rights”), when these are in fact false dichotomies that in no way demonstrate the existence of a contradiction from a legal perspective. Third, contrary to what some authors claim, the case law on the constitutionality of the CFL does not demonstrate that it is fundamentally incompatible with the principles of the *Canadian Charter's* language policy scheme. In the final analysis, the structural incompatibility thesis is based on ideological considerations that have very little relevance from a legal standpoint. The author therefore proposes that the CFL could indeed be viewed as a law aimed at achieving linguistic equality as understood by the *Canadian Charter*, but that the scope of the interests targeted by the principle of linguistic equality must be further clarified before it is possible to offer a definitive answer.

* Doyen, professeur agrégé, et directeur de l'Observatoire international des droits linguistiques, Faculté de droit, Université de Moncton; membre des barreaux du Québec et du Nouveau-Brunswick. L'auteur tient à remercier Pascale Rioux, Samuel Gagnon et Philippe Ricard pour leur contribution à la recherche. Il tient également à remercier Serge Rousselle et Gabriel Arseneault pour leurs commentaires.

© Érik Labelle Eastaugh 2023

Citation: (2023) 68:2 McGill LJ 203 — Référence : (2023) 68:2 RD McGill 203

Introduction	205
I. Définition des modèles « canadien » et « québécois » : considérations méthodologiques	212
II. Trois fausses dichotomies	218
<i>A. Territorialité et personnalité</i>	218
1. Territorialité et unilinguisme	221
<i>B. Interculturalisme et multiculturalisme</i>	223
<i>C. Droits collectifs et droits individuels</i>	228
1. Taxonomie des droits collectifs	229
2. Catégorisation de la CLF et de la <i>Charte canadienne</i>	230
III. Déclarations d'invalidité visant la CLF	235
<i>A. Éducation</i>	236
1. Généralités	236
2. Jurisprudence découlant des « écoles passerelles »	238
<i>B. Affichage commercial</i>	239
IV. Aller au-delà des idéologies	240

Introduction

Les articles 16 à 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* (*Charte* ou *Charte canadienne*) confèrent plusieurs droits linguistiques fondés sur un principe d'égalité entre le français et l'anglais¹. Cette liste ne se veut toutefois pas exhaustive, car le paragraphe 16(3) prévoit que la *Charte* « ne limite pas le pouvoir du Parlement et des législatures de favoriser la progression vers l'égalité de statut ou d'usage du français et de l'anglais ». Le législateur est donc libre de procéder à la création de droits linguistiques additionnels, ceux conférés par les articles 16 à 23 n'étant qu'un minimum et non un maximum². L'effet du paragraphe 16(3) s'étend cependant au-delà d'une simple habilitation. Selon la jurisprudence, toute loi visant à favoriser la progression vers l'égalité du français et de l'anglais est à l'abri d'une contestation judiciaire fondée sur les autres droits conférés par la *Charte*, notamment le droit à la liberté d'expression ou le droit à l'égalité³. De plus, toute disposition législative relevant du paragraphe 16(3) s'interprète en fonction des mêmes principes que les droits linguistiques conférés par la *Charte*⁴. Cette jurisprudence a eu pour effet de fondre en un seul système conceptuel toutes les dispositions législatives et constitutionnelles se rapportant à l'égalité de l'anglais et du français, malgré leurs origines disparates⁵.

Au fil des ans, la majorité des lois fédérales, provinciales et territoriales visant à protéger le français et les communautés francophones ont été reconnues comme relevant du paragraphe 16(3) de la *Charte*, notamment la *Loi sur les langues officielles* fédérale (LLO)⁶, la *Loi sur les langues officielles* du Nouveau-Brunswick⁷ et la *Loi sur les services en*

¹ Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [*Charte canadienne*].

² Voir *R c Beaulac*, [1999] 1 RCS 768 au para 24, 173 DLR (4^e) 193 [*Beaulac*].

³ Voir *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)* (2001), 56 OR (3^e) 505 au para 92, 208 DLR (4^e) 577 (CA) [*Lalonde*]; *Galganov v Russell (Township)*, 2010 ONSC 4566 aux para 178, 192–93 [*Galganov*], conf par 2012 ONCA 409.

⁴ Voir *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Bureau du surintendant des institutions financières*, 2021 CAF 159 au para 34 [*Bureau du surintendant*]; *Beaulac*, *supra* note 2 au para 25.

⁵ Voir Érik Labelle Eastaugh, « Towards an Account of Linguistic Equality » (2020) 57:2 Osgoode Hall LJ 460 aux pp 476–78 [Labelle Eastaugh, « Linguistic Equality »].

⁶ LRC 1985, c 31 (4^e supp) [LLO]. Voir *Beaulac*, *supra* note 2 aux para 21–22; *Canada (Commissaire aux langues officielles) c Canada (Emploi et Développement social)*, 2022 CAF 14 au para 127.

⁷ LN-B 2022, c O-0.5. Voir *R c Losier*, 2011 NBBR 177 au para 24, conf par 2011 NBCA 102.

français de l'Ontario (LSF)⁸. Il existe toutefois une exception importante, soit la *Charte de la langue française* (CLF)⁹. Le statut de cette dernière demeure toujours incertain, et ce, malgré son importance évidente pour la protection du français au Canada.

À première vue, l'idée de classer une loi qui cherche à protéger uniquement (ou du moins principalement¹⁰) le français comme visant à faire « progresser l'égalité » entre cette langue et l'anglais peut sembler surprenante. Toutefois, la LSF, qui confère exclusivement des droits au français, a été jugée comme relevant du paragraphe 16(3) de la *Charte*, car elle a pour objet « de protéger la minorité francophone en Ontario » et « de faire progresser le français et de favoriser son égalité avec l'anglais »¹¹. En effet, le paragraphe 16(3) repose sur un principe d'égalité « réelle » ou « effective » et cautionne donc l'adoption d'une approche asymétrique lorsque les deux langues se trouvent dans des situations différentes¹². En principe, il serait alors tout à fait cohérent de conclure que la CLF possède le même statut que la LSF, son objet premier étant de protéger la langue française, langue minoritaire à l'échelle canadienne et nord-américaine, ainsi que de remédier aux nombreuses inégalités entre francophones et anglophones. Ces dernières ont, entre autres, été relevées par la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme (Commission Laurendeau-Dunton) et la Commission d'enquête sur la situation de la langue française (Commission Gendron)¹³.

⁸ LRO 1990, c F.32. Voir *Lalonde*, *supra* note 3 aux para 129, 143. Un règlement municipal a également été reconnu comme relevant du paragraphe 16(3) (voir *Galganov*, *supra* note 3 au para 178). Voir aussi *Canadians for Language Fairness c Ottawa (Ville de)*, 2006 CanLII 33668 au para 92, 26 MPLR (4^e) 163 (CS Ont).

⁹ RLRQ c C-11 [CLF].

¹⁰ Comme nous le verrons plus loin, la CLF confère des droits à d'autres langues, notamment l'anglais et certaines langues autochtones.

¹¹ *Lalonde*, *supra* note 3 aux para 129, 143.

¹² Voir *ibid* au para 129. Le même principe d'égalité réelle s'applique aux articles 20(1) et 23 de la *Charte* (voir *DesRochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8 au para 51 [*DesRochers*]; *Association des parents de l'école Rose-des-vents c Colombie-Britannique (Éducation)*, 2015 CSC 21 au para 33 [*Association des parents*]).

¹³ Voir par ex Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, livre 1 : Les langues officielles, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1967 à la p XX [CRE, vol 1]; Canada, Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme, *Rapport de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, livre 3 : Le monde du travail, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1969 à la p 6 [CRE, vol 3]; Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec, *Rapport de la Commission d'enquête sur la situation de la langue française et sur les droits linguistiques au Québec*, livre 1 : La langue de travail, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1972. Voir aussi Éric Poirier, *La Charte de la*

De fait, la Cour d'appel du Québec a déjà statué que l'adoption de l'article 58 de la CLF (qui exige que le français soit « nettement prédominant » dans l'affichage commercial) découle du pouvoir conféré par le paragraphe 16(3) de la *Charte*¹⁴. Toutefois, les motifs à l'appui de cette conclusion, qui porte d'ailleurs sur une seule disposition, sont des plus brefs. De façon générale, le rapport entre la CLF et les principes d'interprétation applicables aux droits linguistiques conférés par la *Charte* — qui devraient s'appliquer si la CLF relève du paragraphe 16(3) — a rarement été soulevé devant les tribunaux, et il ne se dégage aucun consensus de la jurisprudence à cet égard¹⁵. La doctrine, pour sa part, a très peu étudié la question, du moins directement. Parmi les auteurs s'y étant intéressés, les avis sont partagés : certains proposent que la CLF pourrait être qualifiée de loi visant à faire progresser l'égalité au sens du paragraphe 16(3)¹⁶, alors que d'autres prétendent qu'il y aurait un décalage important entre la *Charte canadienne* et la CLF sur le plan conceptuel. Selon Michel Bastarache, par exemple, la CLF ne confère pas des « droits linguistiques » au sens de la *Charte canadienne*, car elle n'accorde aucune reconnaissance particulière à la langue anglaise¹⁷. Bien que la CLF reconnaisse certains droits à la minorité anglophone, ceux-ci découleraient d'un principe général de non-discrimination plutôt que de l'attribution d'un statut particulier à l'anglais¹⁸. Il faudrait donc distinguer entre le cadre conceptuel de la CLF et celui du principe d'égalité linguistique reconnu au paragraphe 16(3) de la *Charte canadienne*, ce dernier allant au-delà d'un simple principe de non-discrimination et visant plutôt à reconnaître un statut particulier aux deux langues concernées¹⁹.

langue française : ce qu'il reste de la loi 101 quarante ans après son adoption, Québec, Septentrion, 2016, aux pp 19–21 [Poirier, *La Charte de la langue française*].

¹⁴ Voir *Entreprises WFH Ltée c Québec (PG)*, [2001] R.J.Q. 2557 au para 103, 2001 CanLII 17598 (CA Qc) [*Entreprises WFH Ltée*], autorisation de pourvoi à la CSC refusée, 28978 (12 décembre 2002).

¹⁵ Certaines décisions ont conclu que les principes d'interprétation relatifs aux « droits linguistiques » s'y appliquent (voir par ex *CL c Québec (Société de l'assurance automobile)*, 2014 QCTAQ 02386 aux para 28–36), alors que d'autres ont dit le contraire (voir par ex *Odeh c Québec (Ministère de l'Éducation) (Comité d'examen sur la langue d'enseignement)*, 2005 QCCA 670 au para 46).

¹⁶ Voir Éric Poirier, « Fondements théoriques de la *Charte de la langue française* : perspectives québécoise et canadienne » dans Guillaume Rousseau et Éric Poirier avec la collaboration de François Côté et Nicolas Proulx, *Le droit linguistique au Québec*, Montréal, LexisNexis, 2017, 1 aux pp 22–29.

¹⁷ Michel Bastarache, « Le principe d'égalité des langues officielles » dans Michel Bastarache et Michel Doucet, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 3^e éd, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013, 89 à la p 124.

¹⁸ Voir *ibid.*

¹⁹ Voir *ibid.*

De nombreux travaux abondent dans le même sens sans soulever explicitement la question du rapport avec le paragraphe 16(3). Benoît Pelletier, par exemple, soutient que la CLF « ne doit pas être envisagée comme une simple composante du bilinguisme canadien, ni d'ailleurs comme son prolongement dans les matières relevant de la compétence du Québec, mais plutôt comme [l'expression de l']identité nationale » québécoise²⁰. D'autres vont encore plus loin. Selon une hypothèse très répandue, il y aurait non seulement un décalage, mais en fait une incompatibilité structurelle fondamentale entre la CLF et la *Charte canadienne*, puisqu'elles reposeraient sur des modèles de politique linguistique différents, voire antinomiques. Ainsi, le politologue Michael MacMillan soutient que la politique linguistique de la *Charte canadienne* et celle de la CLF reposent sur des principes « fondamentalement différents »²¹. Celle de la *Charte canadienne* « repose sur trois piliers : l'égalité, les droits linguistiques individuels et le principe de personnalité »²², alors que la CLF emploie un modèle « territorial » et repose sur des « droits collectifs »²³. Le philosophe Michel Seymour prétend qu'il y aurait des « contradictions structurelles » entre les politiques « canadiennes » et « québécoises » qui « viennent en grande partie du fait que le Canada applique un modèle institutionnel et individualiste, alors que le Québec cherche à appliquer un modèle territorial et communautaire »²⁴. Par conséquent, pour lui, « les politiques linguistiques québécoises sont contraires à l'esprit qui anime la *Charte* [...] canadienne et la politique de bilinguisme canadien »²⁵. La constitutionnaliste Eugénie Brouillet émet un constat semblable : « de nombreuses dispositions de la *Charte de la langue française* [...] ont été déclarées incons-

²⁰ Benoît Pelletier, « La dynamique linguistique au Québec : les relations entre la majorité francophone et la minorité anglophone » dans Sylvie Léger, dir, *Les droits linguistiques au Canada : collusions ou collisions?*, Ottawa, Centre canadien des droits linguistiques, 1995, 121 à la p 145.

²¹ Michael MacMillan, « La Loi sur les langues officielles et la *Charte de la langue française* : Vers un consensus? » (1999) 2:2 R Intl études québécoises 83 à la p 83.

²² *Ibid* à la p 84.

²³ *Ibid* aux pp 83, 89.

²⁴ Michel Seymour, « Le Canada reconnaît-il l'existence des droits collectifs linguistiques du peuple québécois? » dans Marcel Martel et Martin Pâquet, dir, *Légiférer en matière linguistique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2008, 423 à la p 433 [Seymour, « Canada »]. Voir aussi Michel Seymour, « Les lois linguistiques au Québec ou la longue histoire d'un parfait malentendu » dans Linda Cardinal, dir, *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Ottawa, Prise de parole, 2008, 203 à la p 203 [Seymour, « Québec »].

²⁵ Seymour, « Canada », *supra* note 24 à la p 434.

titutionnelles »²⁶ parce que la *Charte* viserait à donner au Canada un caractère « libéral républicain »²⁷, cette dernière étant fondée sur une « conception libérale individualiste des droits et libertés »²⁸. Il en va de même pour le constitutionnaliste Henri Brun, selon qui les dispositions de la *Charte canadienne* relatives à la langue d'instruction (une « intrusion canadienne ») « n'[ont] eu pour le Québec que des effets affligeants »²⁹. Selon lui, il serait devenu « diffic[ile] de protéger et promouvoir une langue française majoritaire au Québec face à des droits individuels et minoritaires exacerbés, rendus prioritaires par la Constitution du Canada », vu que la *Charte canadienne* et le principe du multiculturalisme, « tels qu'interprétés par la Cour suprême du Canada, projettent constamment à cet égard une ombre menaçante »³⁰. Pour le politologue Guy Laforest, le but principal (le « centre névralgique ») de la *Charte canadienne* était, au moment de son adoption, d'« attaquer la politique [linguistique] québécoise fondée sur le principe de la territorialité »³¹. On pourrait ajouter d'autres exemples³².

Cette question, qui a suscité énormément d'intérêt au cours des années 1980 et 1990, se trouve de nouveau à l'ordre du jour, et ce, pour deux raisons principales. Premièrement, dans le cadre de la modernisation de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, plusieurs intervenants ont proposé que le Parlement assujettisse les entreprises de juridiction fédérale situées au Québec à la CLF afin de contribuer davantage à

²⁶ Eugénie Brouillet, « La *Charte de la langue française* et la *Charte canadienne des droits et libertés* : la difficile conciliation des logiques majoritaire et minoritaire » dans Martel et Pâquet, *supra* note 24, 359 à la p 369 [Brouillet, « Difficile conciliation »].

²⁷ *Ibid* à la p 360.

²⁸ Eugénie Brouillet, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui : quelle reconnaissance de la nation québécoise? » (2010) 7 *Iura Vasconiae* 407 à la p 420 [Brouillet, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui »].

²⁹ Henri Brun, *Les institutions démocratiques du Québec et du Canada*, Montréal, Wilson & Lafleur, 2013 à la p 140 [Brun, *Les institutions démocratiques*].

³⁰ Henri Brun, « Préface » dans Rousseau et Poirier, *supra* note 16, vii à la p vii.

³¹ Guy Laforest, *Trudeau et la fin d'un rêve canadien*, Sillery (QC), Septentrion, 1992, aux pp 255–56.

³² Voir par ex Jean Dansereau, « La politique linguistique du Québec. Vérités et mensonges » (1999) 2:2 *R Intl études québécoises* 65 à la p 65; Frédéric Bérard, *Charte canadienne et droits linguistiques : pour en finir avec les mythes*, Montréal, Presses de l'Université de Montréal, 2017 aux pp 45–46; Poirier, *La Charte de la langue française*, *supra* note 13 à la p 27; José Woehrling, « De l'effritement à l'érosion » dans Michel Amyot, dir, *Actes du Congrès langue et société au Québec*, t 2 : Le statut culturel du français au Québec, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1984, 416 aux pp 432–33 [Woehrling, « De l'effritement »].

l'épanouissement du français dans cette province³³. Sans aller aussi loin, la *Loi visant l'égalité réelle entre les langues officielles du Canada*, adoptée en 2023, et qui effectue une réforme majeure de la LLO, reprend plusieurs éléments de ce discours³⁴. Elle accorde notamment aux employés des entreprises de juridiction fédérale le droit de travailler en français, et met en place un régime d'exception permettant aux entreprises de choisir de se placer sous le régime de la CLF plutôt que celui de la LLO³⁵. De telles modifications, qui témoignent d'une approche asymétrique vis-à-vis chaque langue officielle, soulèvent directement la question de la compatibilité du modèle d'aménagement linguistique qu'incarne la CLF avec l'article 16 de la *Charte canadienne*. Deuxièmement, l'Assemblée nationale a tout récemment adopté des modifications importantes à la CLF³⁶, ce qui n'a pas manqué de renouveler les débats sur la légitimité et les fondements de cette dernière.

Inspiré par la conjoncture actuelle, nous souhaitons analyser plus avant le rapport entre la CLF et le principe d'égalité linguistique consacré par la *Charte canadienne*. Plus particulièrement, nous souhaitons analyser l'« hypothèse de l'incompatibilité structurelle » (HIS) décrite ci-dessus afin d'en vérifier le bien-fondé. Si elle s'avérait exacte, une telle hypothèse militerait avec force contre l'idée selon laquelle on puisse qualifier la CLF de loi visant à faire progresser l'égalité linguistique au sens de la *Charte*. Il faudrait plutôt conclure que la CLF et la *Charte* habitent des univers conceptuels irréconciliables. L'HIS mérite donc d'être étudiée en détail.

Cela dit, il faut souligner d'entrée de jeu que les écrits que nous avons cités ci-dessus proviennent d'horizons disciplinaires divers et que le raisonnement sur lequel ils s'appuient n'est pas identique en tous points. Il est donc essentiel de préciser davantage l'hypothèse qui fera l'objet de notre analyse. À notre avis, il se dégage des travaux susmentionnés une hypothèse commune qui se résume aux prémisses suivantes :

³³ Voir Guillaume St-Pierre, « O'Toole en faveur de l'application de la loi 101 pour les entreprises fédérales », *Le Journal de Montréal* (14 septembre 2020), en ligne : <journaldemontreal.com> [perma.cc/GZA2-QX8A]; Mélanie Marquis, « Loi 101 pour les entreprises fédérales : Singh interpelle Trudeau », *La Presse* (10 septembre 2020), en ligne : <lapresse.ca> [perma.cc/4DC8-CX38]; Stéphanie Marin, « Loi 101 : le Bloc déposera son propre projet de loi », *La Presse* (31 août 2020), en ligne : <lapresse.ca> [perma.cc/B33H-JBAN].

³⁴ LC 2023, c 15 [*Loi visant l'égalité réelle*].

³⁵ Voir *Loi sur l'usage du français au sein des entreprises privées de compétence fédérale*, arts 6, 9, constituant la partie 2 de la *Loi visant l'égalité réelle*, supra note 34.

³⁶ Voir PL 96, *Loi sur la langue officielle et commune du Québec, le français*, 2^e sess, 42^e lég, Québec, 2022 (sanctionné le 1 juin 2022), LQ 2022, c 14 [*Loi sur la langue officielle et commune*].

1. Le « Québec » et le « Canada » ont adopté des politiques linguistiques différentes, incarnées par la CLF et la *Charte canadienne*, respectivement.
2. Le modèle « québécois » est fondé sur un principe de « territorialité » qui incarne une approche « interculturelisme » et qui reconnaît des droits collectifs/communautaires.
3. Le modèle « canadien » est fondé sur un principe de « personnalité » qui incarne une approche « multiculturalisme » et qui reconnaît des droits individuels.
4. Il s'ensuit des points 2 et 3 qu'il y a incompatibilité et/ou antinomie entre les modèles « québécois » et « canadien ».
5. La présence d'une antinomie est confirmée par la jurisprudence, puisque diverses dispositions de la CLF ont été déclarées inopérantes en raison de leurs conflits avec la *Charte canadienne*.

Les travaux en question ne s'appuient pas toujours sur la totalité des points susmentionnés, et chaque auteur présente ces idées de façon quelque peu différente. Néanmoins, cette liste, qui se veut un idéaltype, parvient à réunir les principaux éléments évoqués à l'appui de l'idée qu'il y aurait une discordance importante entre les régimes linguistiques découlant de la *Charte* et de la CLF. Il s'agit donc d'un point de départ utile.

Or, comme nous l'expliquerons dans les pages qui suivent, l'HIS comporte de nombreux défauts et devrait être rejetée; à tout le moins, elle ne saurait être retenue pour répondre à la question qui nous intéresse. Notre conclusion tient à trois raisons principales. Premièrement, l'on ne peut, comme le font les tenants de l'HIS, structurer l'analyse en fonction d'une comparaison entre des gestes posés par le « Canada » et le « Québec ». Cette façon d'aborder la question fausse l'analyse, car elle occulte la pleine étendue du modèle « canadien » — notamment le fait que le régime « québécois » s'inscrit dans le cadre de celui-ci — et débouche sur une conception manifestement inexacte de la structure et des principes de base du modèle « canadien » **[partie I]**. Deuxièmement, l'idée selon laquelle les régimes linguistiques de la *Charte canadienne* et de la CLF seraient fondés sur des principes structurels discordants, voire antinomiques, repose sur trois fausses dichotomies : personnalité c. territorialité, multiculturalisme c. interculturelisme, droits individuels c. droits collectifs. De telles grilles d'analyse ne permettent pas de conclure qu'il y aurait antinomie entre la CLF et la *Charte canadienne* sur le plan juridique **[partie II]**. Troisièmement, les conflits entre la CLF et la *Charte canadienne* relevés par la jurisprudence ne démontrent aucunement qu'il y aurait une incompatibilité fondamentale entre elles au niveau de leurs « modèles » de politique linguistique **[partie III]**. Au contraire, la jurisprudence indique plutôt qu'il y a de nombreux chevauchements entre ces modèles sur le

plan conceptuel et qu'ils sont susceptibles d'être interprétés de façon harmonieuse.

Évidemment, il se trouve en arrière-plan de ce débat un conflit politique durable marqué par des idéologies nationalistes divergentes. Les tenants de l'HIS associent la CLF et la *Charte canadienne* à des idéologies différentes et présument que les discordances entre celles-ci démontrent l'incompatibilité de celles-là. Toutefois, l'existence de ce clivage sociopolitique n'est d'aucune importance pour ce qui est de la question qui nous intéresse [partie IV]. L'état du droit à l'heure actuelle porte à croire que la CLF pourrait être considérée comme relevant du paragraphe 16(3) de la *Charte*, et ce, peu importe la charge symbolique que lui attribue une idéologie nationaliste (canadienne ou québécoise) particulière. Cela dit, plusieurs aspects du principe d'égalité linguistique demeurent flous, et son application précise dans le cas de la CLF appelle une analyse plus approfondie que ne peut offrir le présent article.

I. Définition des modèles « canadien » et « québécois » : considérations méthodologiques

Les écrits qui épousent une forme ou l'autre de l'hypothèse de l'incompatibilité structurelle ont tendance à présenter l'objet d'étude sous le jour d'une opposition entre un modèle « canadien », qui émane du « Canada », incarné par la *Charte canadienne*, et un modèle « québécois », qui émane du « Québec », incarné par la CLF. Par exemple, Michel Seymour prétend qu'il y aurait des « contradictions structurelles » entre les politiques « canadiennes » et « québécoises » qui « viennent en grande partie du fait que le Canada applique un modèle institutionnel et individualiste, alors que le Québec cherche à appliquer un modèle territorial et communautaire »³⁷. Or, l'emploi des termes « Canada/canadien » et « Québec/qubécois » pour encadrer l'analyse des rapports entre la CLF et la *Charte canadienne* fausse considérablement le débat. Bien qu'un tel usage se comprenne dans une certaine mesure — on emploie parfois les termes « Canada/canadien » pour désigner le droit constitutionnel (et donc la *Charte*) et les termes « Québec/qubécois » pour désigner le droit provincial québécois (et donc la CLF) — leur emploi dans ce contexte porte à confusion et doit être évité.

Il y a trois entités distinctes dont il faut tenir compte dans le cadre d'une telle discussion : (1) l'État canadien dans sa totalité (c'est-à-dire au sens du droit international), ce qui inclut les provinces et les territoires, ainsi que toute autre entité exerçant un pouvoir gouvernemental (ci-après « l'État canadien »); (2) l'État fédéral au sens strict (l'entité juridique

³⁷ Seymour, « Canada », *supra* note 24 à la p 433.

ayant son siège à Ottawa), parfois désigné par le terme « Canada » dans les lois constitutionnelles (ci-après « l'État fédéral »); et (3) l'État provincial désigné par le terme « Québec » (ci-après « l'État québécois »). Présenter l'objet d'étude sous la forme d'une dichotomie Canada/Québec a pour effet de gommer la distinction entre les éléments (1) et (2), ainsi que les liens entre les éléments (1) et (3); il en résulte une analyse confuse au point d'être trompeuse. Par exemple, si par « Canada » on entend l'élément (1) (l'État canadien), l'idée qu'il pourrait y avoir antinomie entre le droit « canadien » et le droit « québécois » est absurde, ce dernier étant tout simplement une composante du premier. De même, il est inexact de désigner le droit constitutionnel comme émanant du « Canada » pour ensuite le dresser en opposition au droit « québécois ». Le droit constitutionnel « canadien », y compris la *Charte*, fait partie du droit « québécois », car il s'applique à l'État et au territoire québécois.

Il ne s'agit pas d'une question banale de nomenclature. L'emploi des termes « canadien » et « québécois » pour désigner ce qui est en réalité deux aspects différents du droit « québécois » (c'est-à-dire du droit applicable à l'État québécois) et/ou « canadien » (c'est-à-dire du droit de l'État canadien dans sa totalité) détourne subtilement l'analyse. En effet, il porte à croire que nous sommes appelés à comparer deux systèmes normatifs parfaitement distincts adoptés par des entités pleinement autonomes, alors qu'on se trouve plutôt devant deux éléments imbriqués d'un seul système juridique fédéralisé. Le modèle « canadien » au sens propre — c'est-à-dire le modèle qui se dégage de la totalité du droit « canadien », au sens du droit international — ne se résume pas à la *Charte*. Il comprend également la constitution fédérative, dont un des objectifs principaux (une des « lignes de force »³⁸) était la création du Québec en tant qu'État autonome disposant d'un large éventail de pouvoirs législatifs, y compris le pouvoir de réglementer toute question linguistique relevant de ses champs de compétence³⁹. D'un point de vue juridique, il est

³⁸ Voir Jean-François Gaudreault-DesBiens, « La *Charte canadienne des droits et libertés* et le fédéralisme : quelques remarques sur les vingt premières années d'une relation ambiguë » (2003) 63:numéro spécial R du B 271 aux pp 286–87.

³⁹ Voir Jean Leclair, « Pierre Elliott Trudeau : une pensée fédérale marquée au fer de l'antinationalisme » (2020) 99 SCLR (2^e) 37 à la p 42 [Leclair, « Trudeau »]. Il faut notamment se garder de lire la *Loi constitutionnelle de 1982* (LC 1982) comme s'il s'agissait d'une « redéfinition profonde » de la structure constitutionnelle du pays, par opposition à ce que soutient Brouillet (« Difficile conciliation », *supra* note 26 à la p 359. Voir aussi *Loi constitutionnelle de 1982*, constituant l'annexe B de la *Loi de 1982 sur le Canada* (R-U), 1982, c 11 [LC 1982]). Sur le plan juridique, la LC 1982 n'a pas plus ni moins d'importance que la *Loi constitutionnelle de 1867* (LC 1867) ((R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 5 [LC 1867]) et les autres composantes de la Constitution; il n'y a aucune hiérarchie entre les textes constitutionnels (voir *Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15 aux para 23–27 [Gosselin]).

donc manifestement faux que le « Canada » appliquerait « un modèle institutionnel et individualiste », et qu'il serait « réfractaire » à l'adoption d'un modèle comme celui de la CLF, comme le veut Seymour⁴⁰. Le « Canada » s'est justement doté d'un régime fédératif qui confère au Québec le droit de choisir un tel modèle dans ses champs de compétence⁴¹.

La tendance à vouloir envisager les rapports entre la CLF et la *Charte* de cette façon s'explique sans doute par le fait que l'État provincial québécois n'a pas appuyé la résolution par laquelle la *Loi constitutionnelle de 1982* a vu le jour, ce qui, selon plusieurs, mine la légitimité de cette dernière. De ce point de vue, la *Charte* serait le fait du « Canada » (lire : Canada anglais), agissant sous le leadership de l'État fédéral, et non du « Québec ». Chez certains auteurs, cette dichotomisation du phénomène à l'étude, qui repose sur une grille d'analyse purement politique et non juridique, est accompagnée d'une lecture conflictuelle du rapport entre la CLF et la *Charte canadienne*, lecture qui traduit une certaine méfiance vis-à-vis tout élément associé au système fédéral. La politique linguistique « québécoise », légitime, est présentée comme étant bafouée ou contrariée par une politique fédérale illégitime, et dont l'illégitimité se constate du seul fait qu'elle n'émane pas de l'État québécois.

Les écrits de Seymour sont emblématiques à cet égard. Par exemple, il prétend que

[l]a politique du français comme langue officielle est contrariée de multiples façons par l'État fédéral canadien. Concrètement, le caractère officiel du français a été contredit par les tribunaux deux ans après sa mise en application, en s'inspirant de l'article 133 de la Constitution de 1867⁴².

Ainsi, Seymour attribue l'invalidité juridique de la politique du « français comme langue officielle » incarnée par la CLF — qui était plutôt une poli-

⁴⁰ Seymour, « Canada », *supra* note 24 aux pp 433–34. Seymour prétend même que « le Québec est, face à l'État canadien, dans la même situation que les Franco-Ontariens face au gouvernement ontarien dans leur lutte pour la préservation de l'intégrité de l'hôpital Montfort », dont l'existence dépendait de l'exercice d'un large pouvoir discrétionnaire (*ibid* à la p 434). Il semble donc prétendre que la constitution canadienne permettrait à l'État fédéral de balayer à son gré toutes les institutions québécoises, ce qui est parfaitement faux.

⁴¹ De même, le régime linguistique de la *Charte canadienne* n'existe pas dans un vide; il s'inscrit dans un système constitutionnel plus large dont il faut tenir compte en l'analysant. Pour une analyse de l'influence du fédéralisme sur l'interprétation des droits linguistiques, voir Pierre Foucher, « La dualité linguistique canadienne devant les tribunaux » dans Valérie Lapointe-Gagnon et al, dir, *La Confédération et la dualité canadienne*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2020, 49.

⁴² Seymour, « Canada », *supra* note 24 à la p 426.

tique d'unilinguisme législatif et judiciaire⁴³ — à l'« État fédéral canadien », alors qu'elle découle en réalité d'une incompatibilité entre la CLF et la *constitution québécoise*, telle que définie par la *Loi constitutionnelle de 1867* (LC 1867)⁴⁴. Seymour envisage donc la constitution fédérative comme s'il s'agissait d'un élément extrinsèque au Québec, et semble en déduire qu'elle serait, par le fait même, d'une légitimité douteuse.

En effet, Seymour conteste la légitimité de toute limite à la souveraineté de l'Assemblée nationale en matière linguistique. Par exemple, il prétend que « [l]e caractère officiel du français est également mis à mal par la politique des langues officielles qui met sur un pied d'égalité les deux langues, le français et l'anglais, dans les institutions fédérales sur le territoire du Québec »⁴⁵. Pour Seymour (et d'autres⁴⁶), il ne peut y avoir qu'une politique linguistique légitime, celle définie par l'État provincial québécois, et ce, même en ce qui concerne les institutions fédérales. L'idée

⁴³ La terminologie employée par Seymour dans ce contexte est inexacte et fausse davantage le débat. Seymour confond statut « officiel » et unilinguisme alors qu'il s'agit de concepts différents. Aucune décision judiciaire n'a remis en question la capacité du Québec de désigner le français comme unique langue « officielle », terme n'ayant aucun sens juridique précis. Les tribunaux ont plutôt statué qu'il ne peut pas imposer le français comme unique langue de la législation et de la justice. Dans le langage courant, on va parfois désigner comme étant « officielle » la ou les langues dans lesquelles sont rédigées les lois ou qu'emploient les tribunaux. On pourrait donc dire officiellement que le français et l'anglais ont le statut de langues « officielles » en vertu de l'article 133 de la LC 1867. Toutefois, l'article 133 n'emploie pas le terme « officiel » et ses champs d'application sont loin d'épuiser toutes les sphères d'activité de l'État (par exemple, elles n'incluent pas les services au public). En revanche, le fait d'avoir explicitement désigné une langue comme étant « officielle », comme le fait la CLF, n'a pas forcément pour effet d'exiger l'emploi de celle-ci dans tous les contextes. La constitution de l'Afrique du Sud désigne onze (11) langues comme ayant un statut « officiel », mais les gouvernements central et régionaux n'ont l'obligation que d'en employer deux, à leur choix (voir *Constitution of the Republic of South Africa*, 1996, n° 108 de 1996, arts 6(1), 6(3)(a)).

⁴⁴ Il faut noter que la « constitution québécoise » à laquelle je fais référence ici se distingue de la « constitution de la province » au sens de l'article 45 de la LC 1982. Par « constitution québécoise », j'entends la totalité des normes régissant les pouvoirs de l'État québécois, notamment toute disposition de la « Constitution du Canada » (au sens de l'article 52 LC 1982) pertinente.

⁴⁵ Seymour, « Canada », *supra* note 24 à la p 427.

⁴⁶ Une perspective semblable semble imprégner les travaux de plusieurs auteurs selon qui l'un des principaux « conflits » entre la *Charte* et la CLF tiendrait à ce que la première entrave l'autonomie du Québec en matière de politique linguistique. Voir Woehrling, « De l'effritement », *supra* note 32 aux pp 432–33; Brun, *Les institutions démocratiques*, *supra* note 29 à la p 140; Eugénie Brouillet, *La négation de la nation : l'identité culturelle québécoise et le fédéralisme canadien*, Sillery (QC), Septentrion, 2005 à la p 324 [Brouillet, *La négation de la nation*]; Jean-François Caron et Guy Laforest, « Canada and Multinational Federalism: From the Spirit of 1982 to Stephen Harper's Open Federalism » (2009) 15:1 *Nationalism and Ethnic Politics* 27 à la p 39.

même d'un partage des compétences en matière linguistique (qui repose à son tour sur l'idée que l'État fédéral devrait être assujéti à des normes différentes en raison de son caractère particulier) lui apparaît comme foncièrement illégitime, car elle ferait perdre au Québec le contrôle exclusif des questions linguistiques⁴⁷. Si l'on adopte un tel point de vue, les objets qu'il faudrait comparer sont, d'une part, la *Charte canadienne*, et, d'autre part, la CLF *telle que l'aurait façonnée un Québec indépendant ou pleinement souverain en matière linguistique*. Puisque la *Charte canadienne* et la constitution fédérative ne permettent pas au Québec d'adopter la « vraie » CLF, il faut constater qu'elles sont « incompatibles ».

Dans son ensemble, une telle approche correspond à ce que Jean Leclair désigne par le terme « nationalisme méthodologique ». Il s'agit d'une conception de la réalité sociale et politique qui prend comme point de départ que l'État-nation, étant « *le modèle type d'organisation politique du monde moderne* » [italiques dans l'original], constitue « le principe organisationnel “naturel” et nécessaire de la modernité »⁴⁸. Le nationalisme méthodologique présume que les sociétés modernes s'organisent spontanément et inévitablement sous forme de « nations », lesquelles doivent donc former le noyau dur de tout système politique légitime et efficace. Il a également tendance à envisager les nations comme des entités totalisantes qui s'excluent mutuellement, à l'instar de l'État westphalien, auquel elles sont étroitement associées. Bref, le nationalisme méthodologique suppose qu'il y aurait « consubstantialité de la nation, de la société et de l'État », à un point tel que « non seulement la société en est-elle venue à être pensée comme s'arrêtant aux frontières de l'État, mais la nation est maintenant présumée l'obombrer au millimètre près »⁴⁹. En pratique, cette approche incite ses adhérents à privilégier les interventions et la perspective de l'État dit « national » lorsqu'il s'agit de fixer les paramètres de la légitimité, celui-ci étant « le porte-voix de la nation »⁵⁰. Le raisonnement en cause se résume au syllogisme suivant : (1) seule la volonté dite « nationale » est source de légitimité politique; (2) seul l'État dit « national » exprime la volonté authentique de la nation; donc (3) seules les décisions prises par l'État national sont légitimes.

⁴⁷ Selon Leclair, un tel point de vue serait très répandu (Jean Leclair, « Le fédéralisme comme refus des monismes nationalistes » dans Dimitrios Karmis et François Rocher, dir., *La dynamique confiance/méfiance dans les démocraties multinationales : le Canada sous l'angle comparatif*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2012, 209 à la p 229 [Leclair, « Le fédéralisme »]).

⁴⁸ *Ibid* à la p 213.

⁴⁹ *Ibid* à la p 214.

⁵⁰ *Ibid*.

Or, dans un contexte fédéral, une telle perspective a pour effet d'occulter une partie importante de la réalité. Comme le souligne Leclair, « [p]oussée à l'extrême, cette logique a pour conséquence de délégitimer toute action fédérale, puisque seul l'État-nation québécois est en droit de parler au nom de ses citoyens. Le gouvernement central, quant à lui, est présumé ne jamais parler au nom des Québécois »⁵¹. Peu importe les mérites d'une telle approche dans le cadre d'une théorie politique normative, elle est irrecevable dans le cadre de la présente étude. D'un point de vue juridique, l'on ne peut prendre comme point de départ que le partage des compétences en matière linguistique est illégitime. Autrement dit, on ne peut prétendre qu'il y aurait discordance entre la CLF et le paragraphe 16(3) pour le seul motif que ce dernier suppose que les compétences législatives du Québec en matière linguistique sont limitées. De même, le sens et la portée de la CLF ne peuvent être définis en faisant abstraction du cadre constitutionnel, tel qu'il existe à l'heure actuelle⁵². Le Québec ne peut valablement adopter une loi dont la « politique linguistique » consiste en une modification de l'étendue de ses compétences législatives. Par conséquent, la « politique linguistique » qu'incarne la CLF ne peut être définie, aux fins d'une analyse en vertu du paragraphe 16(3), en fonction d'un tel objectif.

Dans cette optique, il faut également souligner que le modèle « canadien », au sens strict (lire : le modèle incarné par l'État canadien dans sa totalité), reconnaît ce que l'on pourrait appeler un « droit à la différence ». Ce dernier permet aux provinces de se doter d'un régime linguistique qui se distingue de celui de leurs voisins et/ou du régime fédéral. L'existence d'un tel principe se constate à la lecture même de la *Charte*, qui crée deux régimes différents — un pour le fédéral, l'autre pour le Nouveau-Brunswick —, le tout sans en imposer un en particulier aux autres provinces, sauf en matière d'éducation. Même dans ce domaine, les obligations des provinces sont asymétriques, l'article 23 ayant explicitement une portée réduite au Québec par rapport aux autres provinces (et ce, contrairement aux énormités parfois publiées à son sujet⁵³). Par ailleurs,

⁵¹ Jean Leclair, « Vers une pensée politique fédérale : la répudiation du mythe de la différence québécoise "radicale" » dans André Pratte, dir, *Reconquérir le Canada : un nouveau projet pour la nation québécoise*, Montréal, Voix Parallèles, 2007, 39 à la p 61.

⁵² En interprétant une loi, les tribunaux doivent, si possible, présumer qu'elle est constitutionnelle (voir *Transport Desgagnés inc c Wäertsilä Canada Inc*, 2019 CSC 58 au para 28; *McKay v R*, [1965] RCS 798 aux pp 803–04, 53 DLR (2^e) 532).

⁵³ Écrivant au sujet de l'article 23, Henri Brun prétend faussement que la *Charte canadienne* « est faite de normes parfaitement symétriques, qui ignorent complètement que le Québec est le seul lieu en Amérique où existe une majorité de langue française et que cette majorité ne constitue en même temps qu'une infime minorité linguistique sur ce continent » (Brun, *Les institutions démocratiques*, supra note 29 à la p 140). Or, l'alinéa 23(1)a ne s'applique pas au Québec, et ce, afin de respecter le modèle mis en place par

la *Charte* est fondée sur un principe d'égalité linguistique réelle, et donc les mesures requises pour atteindre celle-ci peuvent et même doivent varier selon le contexte. Enfin, un droit à la différence se constate également du fait que le Québec et le Manitoba sont, depuis 1867 et 1870 respectivement, assujettis à des obligations linguistiques qui ne s'appliquent pas aux autres provinces⁵⁴.

Somme toute, le seul fait qu'une loi provinciale soit structurée différemment du régime applicable à l'État fédéral ne suffit pas à démontrer qu'elle est « incompatible » avec le modèle « canadien ». Au contraire, lorsqu'on cherche à comparer la CLF à la *Charte canadienne*, il faut garder à l'esprit qu'elles se déploient dans des contextes différents. La *Charte* s'inscrit dans une structure fédérale et s'applique à plusieurs ressorts; elle envisage donc la réalité linguistique depuis une position qui se distingue de celle de la CLF, qui ne vise qu'une seule province. Sauf en matière d'éducation, les obligations énoncées par la *Charte* s'appliquent uniquement au gouvernement fédéral et au Nouveau-Brunswick, dont les profils démolinguistiques diffèrent nettement de ceux du Québec et des autres provinces⁵⁵. On ne doit donc pas présumer qu'une loi provinciale doit être calquée sur la *Charte canadienne* pour être « compatible » avec le principe d'égalité linguistique reconnu au paragraphe 16(3) de celle-ci.

II. Trois fausses dichotomies

A. *Territorialité et personnalité*

Les régimes linguistiques sont souvent classifiés en fonction de la distinction entre les principes de « personnalité » et de « territorialité »⁵⁶.

la CLF (voir LC 1982, *supra* note 39, art 59. Voir notamment la section III.A.1, ci-dessous).

⁵⁴ Voir LC 1867, *supra* note 39, art 133; *Loi de 1870 sur le Manitoba* (R-U), 33 Vict, c 3, art 23, reproduit dans LRC 1985, annexe II, n° 8.

⁵⁵ D'ailleurs, il faut également distinguer entre le fédéral et le Nouveau-Brunswick, malgré les nombreuses similitudes entre leurs obligations linguistiques (voir *Charlebois c Mowat*, 2001 NBCA 117 aux para 90–96 [*Charlebois*]).

⁵⁶ Voir par ex Poirier, *supra* note 16 à la p 3; Pierre Foucher, « Langues, lois et droits. Pour qui? Pourquoi? L'action de l'État et des acteurs sociaux dans le domaine juridique en matière de langues officielles au Canada » dans Martel et Pâquet, *supra* note 24, 389 aux pp 399–400; Kenneth McRoberts, « Making Canada Bilingual: Illusions and Delusions of Federal Language Policy » dans David P Shugarman et Reg Whitaker, dir, *Federalism and Political Community: Essays in Honour of Donald Smiley*, Peterborough (ON), Broadview Press, 1989, 141 à la p 143; Jean A Laponce, *Langue et territoire*, Québec, Presses de l'Université Laval, 1984 aux pp 157–79; Richard Goreham, *Les principes du libre choix et de la territorialité dans l'application des droits linguis-*

Dans un régime « territorial », les normes juridiques sont définies en fonction du territoire, alors que dans un régime « personnaliste », elles sont déterminées selon l'identité de la personne concernée⁵⁷. Un tel schéma a d'abord été employé pour capter certaines différences entre le droit européen médiéval, qui se rattachait aux personnes et aux communautés, et le droit européen moderne, ancré dans la souveraineté de l'État sur son territoire⁵⁸. Cette distinction a ensuite été utilisée pour catégoriser les régimes linguistiques selon qu'ils étaient structurés principalement sur la base d'unités territoriales, ou davantage sur l'appartenance ou le choix des individus. Selon une lecture très répandue, la CLF serait d'inspiration « territorialiste », alors que la *Charte canadienne* serait plutôt de nature « personnaliste »⁵⁹. Pareil constat conduit certains à conclure qu'elles reposent sur des principes structurels foncièrement différents.

D'entrée de jeu, il convient de souligner que, malgré sa grande popularité, l'application d'un tel schéma nous apprend très peu sur les régimes en question d'un point de vue juridique, surtout si l'on s'en garde aux définitions générales. L'État moderne est, de par sa nature, une entité territoriale, et donc toute politique linguistique étatique est forcément « territoriale », y compris toute politique fondée sur un principe de « personnalité ». Il faut donc être plus précis afin d'opérer des distinctions utiles. Par exemple, la Commission Laurendeau-Dunton a employé le terme « principe de territorialité » pour désigner les régimes dans lesquels les droits linguistiques sont définis sur une base régionale à l'interne d'un même État. Ainsi, la Finlande, qui reconnaît des droits aux locuteurs du suédois dans certaines régions du pays, mais non à ceux en dehors de celles-ci, a été classée parmi les régimes « territorialistes ». Pour sa part, l'Afrique du Sud a été qualifiée de « personnaliste », car elle n'imposait aucune limite territoriale aux droits linguistiques des locuteurs de l'anglais et de l'afrikaans (les langues africaines autochtones, bien qu'étant nettement majoritaires à l'échelle du pays, ne bénéficiaient d'aucun statut officiel sous le régime d'apartheid alors en vigueur)⁶⁰.

tiques : *Rapport présenté au Commissaire aux langues officielles*, Ottawa, Bureau du Commissaire aux langues officielles, 1994 à la p 4 [*Rapport Goreham*].

⁵⁷ Voir Kenneth D McRae, « The Principle of Territoriality and the Principle of Personality in Multilingual States » (1975) 1975:4 *Intl J Sociology Language* 33 à la p 33.

⁵⁸ Voir Simeon L Guterman, « The Principle of the Personality of Law in the Early Middle Ages: A Chapter in the Evolution of Western Legal Institutions and Ideas » (1966) 21:2 *U Miami L Rev* 259 aux pp 261–65.

⁵⁹ Voir par ex Linda Cardinal, « Bilinguisme et territorialité : l'aménagement linguistique au Québec et au Canada » (2008) 51:2 *Hermès* 135 à la p 137.

⁶⁰ Voir généralement CRE, vol 1, *supra* note 13 aux pp 77–84. Il faut noter que, même avec l'ajout d'une telle précision, la valeur analytique d'un tel schéma demeure très limitée. La Commission a tenu à souligner que la classification proposée était impar-

Si l'on adopte l'approche retenue par la Commission Laurendeau-Dunton, force nous est de constater qu'il n'y a aucune antinomie entre le régime prévu par la *Charte canadienne* et celui découlant de la CLF en raison de la supposée « territorialité » de cette dernière. Même s'il y a d'importantes différences entre les deux instruments, celles-ci ne reflètent pas un engagement pour ou contre un « principe » de territorialité⁶¹. Comme nous l'avons déjà souligné, la *Charte* — qu'elle soit prise isolément ou conjuguée à la constitution fédérative — reconnaît un « droit à la différence » et cautionne explicitement l'existence de variations d'une province à l'autre; elle incarne donc un modèle au moins partiellement « territorial ». Par ailleurs, les droits linguistiques prévus au paragraphe 20(1) (droit aux services fédéraux) et à l'article 23 (éducation) de la *Charte* comportent une dimension territoriale explicite importante⁶². La portée du paragraphe 20(1) n'est pas modulée en fonction de territoires « judiciaires », telles une province ou une municipalité, mais cette disposition exige néanmoins la présence d'une masse critique de locuteurs dans une région donnée avant de rendre certains droits applicables. Il en va de même pour l'article 23, qui comporte par ailleurs une dimension judiciaire, et ce, à deux égards : d'abord, parce que la notion de « minorité » est définie en fonction des frontières provinciales; ensuite, parce qu'il n'a pas la même portée au Québec que dans les autres provinces⁶³. Il faut également souligner que le droit d'employer le français ou l'anglais comme langue de travail dans la fonction publique fédérale, qui découle implicitement du paragraphe 16(1) de la *Charte*⁶⁴, a été mis en œuvre sur une base explicitement territoriale⁶⁵, ce qui n'a jamais été contesté. De même, le régime ontarien, qui est morcelé sur une base territoriale, a été jugé

faite, attendu que les régimes « territoriaux » à l'étude (Finlande, Suisse et Belgique) reconnaissent certains droits sur une base « personaliste », et que l'approche retenue par le gouvernement central diffère souvent de celle retenue au niveau local (voir *ibid* aux pp 84–85).

⁶¹ Voir notamment Poirier, *supra* note 16 à la p 8; Alain Prujiner, « Territorialité et personnalité des droits linguistiques » (1992) 41 RD UN-B 166; *Rapport Goreham*, *supra* note 56 aux pp 43–64.

⁶² Le droit aux services fédéraux s'applique à l'endroit du siège ou de l'administration centrale de toute institution fédérale, et à tout bureau « là où [...] l'emploi du français ou de l'anglais fait l'objet d'une demande importante » (*Charte canadienne*, *supra* note 1, art 20(1)). Le droit à l'éducation s'applique là « où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité » (*ibid*, art 23(3)a)).

⁶³ Voir LC 1982, *supra* note 39, art 59.

⁶⁴ Voir *Bureau du surintendant*, *supra* note 4 au para 39.

⁶⁵ Voir LLO, *supra* note 6, arts 34–36; *Rapport Goreham*, *supra* note 56 aux pp 60–63.

compatible avec le paragraphe 16(3) de la *Charte*⁶⁶. Pour sa part, la CLF n'impose pas un régime pleinement uniforme sur la totalité du territoire québécois; elle instaure plutôt un régime mixte ou hybride⁶⁷. Certains droits sont accordés aux individus sur l'ensemble du territoire québécois, alors que d'autres sont attribués sur la base d'une territorialité « interne », notamment en matière de services municipaux et de santé, ou de l'appartenance communautaire⁶⁸.

1. Territorialité et unilinguisme

L'idée qu'il y aurait antinomie entre une CLF « territoriale » et une *Charte* « personnaliste » s'explique en partie par le fait qu'un certain nombre d'auteurs associent le « principe » de territorialité à l'unilinguisme et le « principe » de personnalité au bilinguisme ou au multilinguisme⁶⁹. Dans cette acception, sont « territoriaux » les régimes dans lesquels on désigne une seule langue d'usage par territoire, alors que sont « personnalistes » les régimes dans lesquels les individus peuvent choisir parmi plusieurs langues officielles. Le régime de la *Charte canadienne*, qui reconnaît deux langues officielles, serait donc incompatible avec celui de la CLF, qui n'en reconnaît qu'une.

D'abord, il faut noter que s'il existe en effet des régimes linguistiques qui reposent sur un principe de « territorialité unilingue », l'emploi du terme « territorialité » pour désigner un tel régime est mal avisé, car il porte à confusion. L'élément essentiel d'une politique de ce genre, c'est-à-dire celui qui la distingue le plus nettement des autres choix possibles, consiste en son unilinguisme plutôt qu'en son caractère « territorial ». Il n'y a aucun lien intrinsèque entre la territorialité et l'unilinguisme, et il existe en effet de nombreux territoires bilingues ou multilingues⁷⁰.

⁶⁶ Voir Lalonde, *supra* note 3 aux para 129, 143, 149. La *Loi sur les services en français* s'applique uniquement dans les régions désignées (*supra* note 8, art 5(1)).

⁶⁷ Voir notamment Poirier, *supra* note 16 aux pp 7–8.

⁶⁸ Voir CLF, *supra* note 9, arts 26, 29.1.

⁶⁹ Voir Poirier, *supra* note 16 aux pp 3, 6. Voir aussi José Woehrling, « Les concepts juridiques mis en œuvre en matière de politique linguistique » (2010) 16:3 *Télescope* 22 à la p 27 [Woehrling, « Les concepts juridiques »]; J A Laponce, « Reducing the Tensions Resulting from Language Contacts: Personal or Territorial Solutions? » dans David Schneiderman, dir, *Language and the State: The Law and Politics of Identity*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1991, 173 à la p 176.

⁷⁰ Voir Denise G Réaume, « Beyond Personality: The Territorial and Personal Principles of Language Policy Reconsidered » dans Will Kymlicka et Alan Patten, dir, *Language Rights and Political Theory*, Oxford, Oxford University Press, 2003, 271 à la p 271; McRae, *supra* note 57 à la p 41; Pierre Foucher, « Droits linguistiques : à l'image des

Quoi qu'il en soit, le régime instauré par la CLF n'impose pas l'unilinguisme, et ce, même si l'on se concentre uniquement sur les parties de la loi qui ont été adoptées en l'absence de toute limite constitutionnelle (c'est-à-dire en excluant les parties de la loi qui doivent se conformer à l'article 133 de la LC 1867 et à l'article 23 de la *Charte*). Il serait plus juste de dire que la CLF cherche à privilégier le français par rapport à d'autres langues, sans imposer un régime réellement unilingue. Premièrement, la CLF reconnaît explicitement un droit de cité à d'autres langues et définit la société québécoise de façon pluraliste⁷¹. Certes, l'administration publique doit employer le français à l'interne, mais elle peut utiliser d'autres langues dans ses communications externes dans diverses circonstances⁷². La CLF reconnaît également des exceptions en ce qui concerne les municipalités (pour les municipalités dont au moins 50% de la population est anglophone), les services de santé et les services sociaux, et les organismes parapublics⁷³. Dans le secteur privé, la CLF contient diverses mesures visant à favoriser le français — elle cherche à normaliser l'utilisation de cette langue au travail, à protéger les francophones contre toute discrimination fondée sur la langue, et à garantir la présence du français dans l'affichage commercial —, mais elle n'interdit pas systématiquement l'emploi d'une autre langue⁷⁴. Ainsi, l'objectif de la CLF n'est pas d'imposer l'uniformité linguistique, mais plutôt de donner au français la place qui « devrait » lui revenir en tant que langue majoritaire, c'est-à-dire d'en faire la langue commune dans les sphères d'activité

cercles concentriques » (1992) 41 RD UN-B 171 à la p 172; Prujiner, *supra* note 61 aux pp 166–67.

⁷¹ La loi crée notamment un régime d'exception pour les langues anglaise, autochtones et inuit en matière d'éducation (voir CLF, *supra* note 9, préambule, arts 73, 87, 88, 95).

⁷² Jusqu'en 2022, la CLF permettait à l'administration de communiquer dans une langue autre que le français avec toute personne physique qui s'adressait à elle dans une autre langue (*supra* note 9, art 15). Cette disposition a été abrogée et remplacée par un régime plus compliqué qui limite davantage le nombre de situations dans lesquelles l'utilisation d'une langue autre que le français est permise, sans toutefois l'interdire systématiquement (voir *Loi sur la langue officielle et commune*, *supra* note 36, arts 6–15).

⁷³ *Supra* note 9, art 29.1. Il faut également tenir compte de l'article 15 de la *Loi sur les services de santé et les services sociaux* (RLRQ c S-4.2), qui prévoit que « [t]oute personne d'expression anglaise a le droit de recevoir en langue anglaise des services de santé et des services sociaux ».

⁷⁴ *Supra* note 9, arts 40.3–71. Comme le souligne Turi, les francophones peuvent renoncer à leur droit d'utiliser cette langue (voir Joseph-G Turi, « Introduction au droit linguistique » dans Paul Pupier et José Woehrling, dir, *Langue et droit : actes du Premier Congrès de l'Institut international de droit linguistique comparé*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1989, 55 à la p 67). Il y a eu plusieurs modifications en 2022, mais elles ne modifient pas cette réalité de base (voir *Loi sur la langue officielle et commune*, *supra* note 36, arts 28–48).

visées⁷⁵. L'on peut légitimement se demander si une telle approche est compatible avec le principe d'égalité linguistique prévu par la *Charte*, et nous y reviendrons, mais l'on ne peut prétendre qu'il y aurait discordance pour le motif que la CLF reposerait sur un modèle unilingue.

B. Interculturalisme et multiculturalisme

Prenant acte du fait que la CLF repose sur un modèle pluraliste, certains auteurs ont cherché à la différencier de la *Charte canadienne* en se fondant plutôt sur l'hypothèse selon laquelle les deux instruments incarnent des modèles de gestion de la diversité culturelle incompatibles⁷⁶. Selon Gérard Bouchard, par exemple, le Québec se serait doté d'un modèle de gestion de la diversité « interculturel », qui se distingue du modèle « multiculturaliste » adopté par l'État fédéral par le biais de la *Loi sur le multiculturalisme*⁷⁷ et consacré par l'article 27 de la *Charte canadienne*. Les deux modèles se ressemblent en ce qu'ils acceptent la légitimité de la diversité linguistique et culturelle tout en cherchant à l'encadrer. Ils sont donc tous les deux des modèles pluralistes⁷⁸. Toutefois, le modèle multiculturaliste aurait été élaboré en fonction des besoins du Canada anglophone et non de ceux du Québec, et il en découlerait certaines différences importantes⁷⁹. Selon Bouchard, l'interculturalisme se déploie dans le cadre conceptuel de l'État-nation, car il cherche à gérer la diversité en fonction de la présence d'une majorité linguistique et culturelle dont les intérêts peuvent légitimement être protégés. Son objectif de base est donc

⁷⁵ « En affirmant que, dans la société québécoise, tous doivent connaître la langue française, le gouvernement veut simplement s'assurer que le Québec soit une société normale, une communauté foncière de langue semblable à toutes celles qui existent dans toutes les autres sociétés, y compris dans le reste du Canada où l'anglais est la langue commune des échanges et des communications entre les citoyens de langues différentes » (Jean-Claude Corbeil, *L'embarras des langues : origine, conception et évolution de la politique linguistique québécoise*, Montréal, Québec Amérique, 2007, aux pp 231–32, référant à Camille Laurin, *La politique québécoise de la langue française*, Québec, Éditeur officiel du Québec, 1977. Voir aussi Bérard, *supra* note 32, aux pp 53–54; Poirier, *supra* note 16 à la p 3; Turi, *supra* note 74 à la p 59).

⁷⁶ Voir Alain-G Gagnon et Raffaele Iacovino, *De la nation à la multination : les rapports Québec-Canada*, traduit par Alain Roy, Montréal, Boréal, 2007, aux pp 129–30.

⁷⁷ *Loi sur le multiculturalisme canadien*, LRC 1985, c 24 (4^e suppl.).

⁷⁸ Voir Gérard Bouchard, « L'interculturalisme québécois et le multiculturalisme canadien » dans Félix Mathieu et Dave Guénette, dir, *Ré-imaginer le Canada : vers un État multinational?*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2019, 363 aux pp 363–64 [Bouchard, « L'interculturalisme québécois »]. Voir aussi Gérard Bouchard, *L'interculturalisme : un point de vue québécois*, Montréal, Boréal, 2012, aux pp 12–13; Gérard Bouchard, « Qu'est ce que l'interculturalisme? » (2011) 56:2 RD McGill 395 à la p 429.

⁷⁹ Voir Bouchard, « L'interculturalisme québécois », *supra* note 78 à la p 378.

de permettre la cohabitation de divers groupes culturels tout en permettant leur intégration dans un même cadre sociolinguistique articulé sur la majorité, ce qui se traduit notamment par la promotion du français en tant que langue commune. En revanche, le modèle multiculturaliste ne reconnaît pas (selon Bouchard) l'existence d'une majorité culturelle, et toutes les cultures y jouissent d'un statut égal. En fait, dans le cadre du multiculturalisme, « l'idée d'une culture commune ou d'une culture nationale est problématique »⁸⁰. Par conséquent, les préoccupations pour la langue « nationale » sont généralement absentes du modèle multiculturaliste, alors qu'elles occupent le premier plan dans le modèle de l'interculturalisme⁸¹. Ainsi, le modèle multiculturaliste « ferme [...] la porte à une conception bi- ou multinationale du Canada », alors que le modèle interculturaliste prend comme point de départ le caractère national du Québec⁸².

D'après Bouchard, la *Charte de la langue française* serait la principale pierre d'assise de la politique québécoise d'interculturalisme⁸³. À supposer que son analyse soit exacte, l'on pourrait en déduire que le cadre conceptuel de la CLF n'est pas compatible avec celui du paragraphe 16(3) de la *Charte*, qui doit être défini en tenant compte du principe de multiculturalisme. Toutefois, Bouchard fait fausse route à plusieurs égards. Premièrement, le modèle incarné par la *Charte canadienne* opère une distinction importante entre le multiculturalisme et les questions linguistiques. Sur le plan constitutionnel, les langues officielles occupent une place nettement prépondérante qui ne se compare tout simplement pas à la place réservée au concept de multiculturalisme⁸⁴. Sur le plan législatif, la *Loi sur*

⁸⁰ *Ibid* à la p 384.

⁸¹ Voir *ibid* à la p 378.

⁸² *Ibid*.

⁸³ Voir *ibid* à la p 365.

⁸⁴ Les articles 16 à 23 de la *Charte canadienne* (*supra* note 1) confèrent tout un éventail de droits relatifs à l'utilisation de l'anglais et du français, droits qui ne sont pas assujettis à la clause dérogatoire et qui occupent donc un palier supérieur aux autres droits sur le plan de la normativité juridique. Le multiculturalisme, en revanche, n'est mentionné explicitement que dans le cadre d'une clause interprétative (voir *ibid*, art 27). On pourrait prétendre qu'il se manifeste également par l'entremise des droits conférés par l'article 2 (liberté de croyance et d'expression, liberté de religion et de conscience, liberté d'association, etc.) et l'article 15 (interdiction « des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion ») (*ibid*, arts 2, 15). Toutefois, ces droits ne découlent pas de la politique canadienne du multiculturalisme, mais s'inscrivent plutôt dans le paradigme de la *Déclaration universelle des droits de l'homme* de 1948 (Rés AG 217A (III), Doc off AG NU, 3^e sess, supp no 13, Doc NU A/810 (1948) 71) et du droit international des droits de la personne. Il s'agit d'ailleurs de droits qui ont été reconnus au Québec avant l'adoption de la *Charte canadienne* par l'entremise de la *Charte québécoise* (*Charte des droits et libertés de la personne*, RLRQ c C-12 [*Charte québécoise*]). D'ailleurs, le multiculturalisme ne semble occuper qu'une

les langues officielles exige explicitement que les institutions fédérales fassent la promotion du français et de l'anglais⁸⁵. De même, la jurisprudence a reconnu à plusieurs reprises que la *Charte* cherche à promouvoir l'anglais et le français⁸⁶, et que la promotion de ce dernier constitue même un objectif légitime permettant de justifier une atteinte à d'autres droits conférés par la *Charte* en vertu de l'article premier⁸⁷. En fait, le paradigme du « biculturalisme », écarté par le gouvernement de Pierre Trudeau au moment de l'adoption de la politique sur le multiculturalisme⁸⁸, est devenu un élément fondamental de la jurisprudence relative aux droits linguistiques conférés par la *Charte*⁸⁹. Dans l'arrêt *Mahe*, décision charnière relative à l'interprétation des droits linguistiques conférés par la *Charte*, la Cour suprême a statué que l'article 23 de cette dernière « vise à maintenir les deux langues officielles du Canada *ainsi que les cultures qu'elles représentent* et à favoriser l'épanouissement de chacune de ces langues » [nos italiques]⁹⁰. La Cour a même précisé, en se fondant notamment sur le préambule de la CLF, que « toute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture véhiculée par la langue en question »⁹¹. Tout cela contredit l'hypothèse selon laquelle le modèle

place « périphérique » dans le raisonnement des tribunaux à l'égard de ces droits (voir Dia Dabby, « Mapping Multiculturalism by/before the Courts » dans Noura Karazivan et Jean Leclair, dir, *L'héritage politique et constitutionnel de Pierre Elliott Trudeau*, Toronto, LexisNexis, 2020, 307 à la p 317).

⁸⁵ LLO, *supra* note 6, partie VII. Cette volonté se manifeste encore plus nettement depuis l'adoption du plus récent projet de loi visant à réformer la *Loi sur les langues officielles* fédérale, qui reconnaît notamment « que le français est en situation minoritaire au Canada et en Amérique du Nord en raison de l'usage prédominant de l'anglais » et que le gouvernement doit « s'engage[r] à protéger et à promouvoir le français » (PL C-13, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles, édictant la Loi sur l'usage du français au sein des entreprises privées de compétence fédérale et apportant des modifications connexes à d'autres lois*, 1^{re} sess, 44^e lég, 2021-2023, art 21 (sanctionné le 20 juin 2023)).

⁸⁶ Voir *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2020 CSC 13 au para 156 [*Conseil scolaire*]; *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14 au para 5 [*Solski*]; *Ford c Québec (Procureur général)*, [1988] 2 RCS 712 aux pp 777–80, 54 DLR (4^e) 577 [*Ford*].

⁸⁷ Voir *Ford*, *supra* note 86 aux pp 778–80.

⁸⁸ Voir Gagnon et Iacovino, *supra* note 76 à la p 136.

⁸⁹ Voir généralement Érik Labelle Eastaugh, « The Concept of a Linguistic Community » (2019) 69:1 UTLJ 117 aux pp 138–57 [Labelle Eastaugh, « Linguistic Community »]. *Contra* Brouillet, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui », *supra* note 28 à la p 418).

⁹⁰ *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 à la p 362, 68 DLR (4^e) 69 [*Mahe*].

⁹¹ *Ibid.* Plus récemment, la Cour suprême a réitéré que « le biculturalisme constitue un élément fondateur du Canada » (*Conseil scolaire*, *supra* note 86 au para 12).

incarné par la *Charte* ne reconnaît pas l'existence de langues « nationales ».

Par ailleurs, bien qu'il soit vrai que la politique fédérale sur le multiculturalisme ne se prononce pas de façon explicite sur la reconnaissance d'une identité ou d'une culture commune, il ne s'ensuit pas qu'elle s'y *oppose*. Comme le souligne Daniel Weinstock, il ne s'agit pas d'une interprétation plausible de la politique canadienne sur le multiculturalisme⁹². En effet, cette dernière se concentre sur l'accommodement des particularismes des immigrants afin de mieux les intégrer aux institutions principales de la société canadienne; elle ne vise pas la fragmentation. L'absence relative des questions linguistiques de ce discours s'explique par le fait que la langue de la majorité (l'anglais) requiert peu ou pas d'appui de la part de l'État pour se maintenir, malgré une diversité culturelle importante et grandissante⁹³. Il serait donc plus juste de dire qu'il existe au Canada « deux interculturalismes » axés sur les deux langues officielles, chacune d'entre elles étant considérée comme un vecteur d'intégration privilégié⁹⁴.

Dans cette optique, il faut souligner que les tribunaux n'ont jamais interprété le multiculturalisme comme faisant échec à la promotion de l'anglais et du français. La Cour d'appel de l'Ontario s'est appuyée sur l'article 27 de la *Charte* pour interpréter de façon généreuse le droit à l'éducation conféré par l'article 23 de celle-ci⁹⁵, choix qui suppose forcément l'existence d'un lien entre le multiculturalisme et la protection du français. De même, la Cour d'appel du Québec a invoqué l'article 27, de pair avec le paragraphe 16(3) de la *Charte*, pour conclure à la validité de l'article 58 de la CLF — qui pose le principe de la prédominance du français dans l'affichage public —, cette mesure étant destinée à préserver une partie vulnérable du patrimoine culturel des Canadiens⁹⁶. Certes, dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême du Canada a conclu qu'il ne fallait pas s'appuyer sur l'article 27 lorsqu'il s'agit d'interpréter la portée des articles 16 à 23 de la *Charte*. Toutefois, cette conclusion découlait du constat

⁹² Voir Daniel Weinstock, « Interculturalism and Multiculturalism in Canada and Quebec: Situating the Debate » dans Peter Balint et Sophie Guérard de Latour, dir, *Liberal Multiculturalism and the Fair Terms of Integration*, Basingstoke (R-U), Palgrave Macmillan, 2013, 91 à la p 104.

⁹³ Voir *ibid.*

⁹⁴ Voir Rodrigue Landry, « Autonomie culturelle, cultures sociétales et vitalité des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada » (2012) 1 *Minorités linguistiques & Soc* 159 à la p 171.

⁹⁵ Voir *Reference re Education Act of Ontario and Minority Language Education Rights* (1984), 47 OR (2^e) 1, 10 DLR (4^e) 491 (CA Ont).

⁹⁶ Voir *Entreprises WFH Ltée*, *supra* note 14 au para 102.

selon lequel le multiculturalisme, en tant que reconnaissance de l'égalité des langues et cultures, est subordonné aux principes découlant des articles 16 à 23 de la *Charte*⁹⁷. Selon la Cour, l'article 27, tout comme l'article 15, consacre un principe d'égalité qui se veut universel, alors que l'article 23 accorde un statut privilégié à l'anglais et au français qui ne saurait être modifié en fonction du principe d'égalité générale⁹⁸.

Somme toute, les travaux qui insistent sur l'existence d'une discordance entre un « Québec » interculturel et un « Canada » multiculturel ont tendance à négliger les détails juridiques du modèle « canadien » en faveur d'une comparaison d'idéaux types dessinés à grands traits⁹⁹. De telles simplifications peuvent avoir certains avantages du point de vue d'une analyse philosophique ou sociologique, mais elles sont d'une utilité très mitigée dans le cadre d'une analyse juridique. Par ailleurs, elles viennent renforcer les déformations que nous avons critiquées dans la partie I ci-dessus. En effet, ces simplifications ont tendance à prendre la forme d'une comparaison schématisée entre le « Canada » et le « Québec », qui les envisage comme s'agissant d'entités pleinement distinctes ayant chacune adopté un modèle de gestion de la diversité qui se voudrait intégral¹⁰⁰. Comme nous l'avons souligné plus haut, les normes du modèle « canadien », au sens large, s'appliquent à un ensemble juridique complexe composé de plusieurs entités gouvernementales distinctes veillant chacune sur une dynamique sociolinguistique qui lui est propre. Le cadre applicable à la totalité du pays se distingue donc de celui qui s'applique à chaque composante prise individuellement. Il aurait été incongru d'avoir fondé la *Charte canadienne* sur un modèle intercultureliste semblable au modèle québécois, car le français y aurait été relégué au statut de langue minoritaire au profit de l'anglais, langue « nationale ». De même, le fait qu'une province ait adopté un modèle qui se distingue de celui de l'État canadien au sens large, ou de celui applicable à l'État fédéral, ne signifie pas à lui seul qu'elle « défie ouvertement » le cadre applicable à l'échelle pancanadienne, comme le veulent certains auteurs¹⁰¹.

⁹⁷ Voir *Mahe*, *supra* note 90 aux pp 368–69.

⁹⁸ Voir *ibid.*

⁹⁹ L'on peut également s'interroger sur le degré de correspondance entre la théorie de l'interculturalisme, telle qu'on la retrouve dans les ouvrages savants, et la réalité « sur le terrain » (voir Jack Jedwab, « Libre opinion - Le mythe du Québec interculturel », *Le Devoir* (24 mai 2011), en ligne : <ledevoir.com> [perma.cc/4ZFS-KAVJ]).

¹⁰⁰ Gagnon et Iacovino, par exemple, analysent le « Canada » et le « Québec » comme s'il s'agissait de « communautés politiques » pleinement distinctes (*supra* note 76 à la p 121).

¹⁰¹ Voir par ex *ibid.*, aux pp 129–30.

C. *Droits collectifs et droits individuels*

Les travaux qui épousent l'hypothèse de l'incompatibilité structurelle vont souvent opposer une CLF aux droits « collectifs » à une *Charte canadienne* aux droits « individuels ». Il s'agit en fait d'une thématique transversale, car les notions de « territorialité » et d'« interculturelisme » sont généralement associées à celle de droits « collectifs », ne serait-ce qu'implicitement. En effet, l'adoption d'une approche « territoriale » ou « interculturelle » est souvent expliquée ou justifiée en fonction de l'existence d'une collectivité (nation, peuple, société, etc.) de nature territoriale qui serait porteuse de droits collectifs. Pour plusieurs, la place qu'occupent les droits « collectifs » dans le cadre de la CLF serait une source additionnelle d'incompatibilité avec la *Charte canadienne*, cette dernière ne reconnaissant que des droits « individuels »¹⁰².

Malheureusement, les auteurs qui défendent ce point de vue prennent rarement la peine d'expliquer en quoi consiste un droit « collectif », ni pourquoi il conviendrait de qualifier la CLF et la *Charte canadienne* de cette façon, ni enfin la raison pour laquelle une telle différence les rendrait incompatibles. Cette omission s'explique difficilement, car les termes en question sont loin d'être univoques. Au contraire, la distinction entre les droits « individuels » et « collectifs » est semée d'embûches conceptuelles qui ont donné lieu à des débats juridiques, philosophiques et sociologiques complexes. Il est donc essentiel de bien définir le sens qu'on donne à ces termes. De plus, les mêmes débats nous enseignent qu'il ne s'agit pas de notions intrinsèquement antinomiques; elles peuvent en fait très bien cohabiter au sein d'un même régime.

Pour analyser cette question de façon minimalement rigoureuse, il faudrait procéder en trois temps : (1) développer une taxonomie suffisamment détaillée des types de droits pertinents; (2) catégoriser la CLF et la *Charte canadienne* en vertu de celle-ci; et (3) analyser les implications de toute différence entre les deux à cet égard afin de déterminer si elle donne réellement lieu à une discordance importante. Or, en suivant cette méthode, l'on constate qu'il est impossible de distinguer nettement entre la CLF et la *Charte canadienne* en raison de la place qu'y occupent les droits « collectifs » ou « individuels ». Il s'agit, à nouveau, d'une fausse dichotomie.

¹⁰² Voir par ex MacMillan, *supra* note 21; Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26; Brun, *Les institutions démocratiques*, *supra* note 29 aux pp 138–40; Seymour, « Québec », *supra* note 24 aux pp 205–06; Dansereau, *supra* note 32 à la p 67. Les travaux de Woehrling font exception à cet égard (« Les concepts juridiques », *supra* note 69 aux pp 34–35).

1. Taxonomie des droits collectifs

Le terme « droit collectif » est polysémique à plusieurs égards¹⁰³. Il faut donc répertorier les différents sens qu'il peut revêtir avant de pouvoir s'en servir comme outil d'analyse. Soulignons premièrement que le mot « droit » peut désigner autre chose qu'une catégorie de normes juridiques. Il peut notamment décrire une norme relevant d'un système normatif non juridique, telles une tradition philosophique ou religieuse, ou les mœurs d'une communauté particulière. Cette distinction est de la plus haute importance, car les critères permettant de déterminer l'existence et la portée d'une norme varient selon qu'elle soit de nature juridique, religieuse, philosophique ou sociale, chaque système normatif étant autonome par rapport aux autres et possédant des critères qui lui sont propres. Par exemple, il peut exister un droit *moral* auquel ne correspond aucun droit *juridique*, et vice versa. Certes, la création d'un droit juridique découle souvent de la volonté du législateur ou du constituant de reconnaître un droit moral auquel il souhaite donner une forme juridique susceptible d'être prise en compte par les tribunaux. Toutefois, l'existence d'un droit moral n'est qu'un moyen parmi d'autres permettant de justifier la création d'un droit juridique. Il est ainsi nécessaire de s'assurer de distinguer convenablement entre le registre juridique, qui sert à désigner des réalités juridiques, et les autres discours appelés à contribuer au débat.

Soulignons ensuite que le mot « collectif », employé dans le cadre de l'expression « droit collectif », peut en fait désigner deux catégories différentes de droits et ce, peu importe le registre qu'on emploie. D'une part, la notion d'un « droit collectif » s'entend parfois d'un droit attribué à une collectivité en tant que sujet collectif. Il s'agit dans ce contexte d'un droit dont l'exercice est réservé à l'institution qui agit au nom de la collectivité concernée. Ci-après, nous référerons à un tel droit par le terme « droit collectif *institutionnalisé* ». D'autre part, le terme « droit collectif » est également employé pour désigner des droits qui sont attribués à des individus en tant que membres d'une collectivité particulière, c'est-à-dire des droits pouvant être exercés par des individus, mais dont la portée est définie en fonction des intérêts ou des attributions de la collectivité. Il s'agit d'un droit individuel à certains égards, mais que l'on doit distinguer des droits individuels dits « universels », comme ceux reconnus par la *Déclaration universelle des droits de l'homme*¹⁰⁴, car il protège uniquement les membres d'une collectivité particulière. Ci-après, je désignerai un tel droit par le terme « droit collectif *individualisé* ».

¹⁰³ Les idées exposées dans la présente section sont généralement tirées de Labelle Eas-
taugh, « Linguistic Community », *supra* note 89 aux pp 120–22.

¹⁰⁴ *Supra* note 84.

Les distinctions entre les différentes formes de droit collectif ainsi que les rapports complexes entre le droit et les autres discours font en sorte que la notion d'un « droit collectif » possède forcément de nombreuses déclinaisons dont il faut tenir compte. Par exemple, les droits juridiques peuvent être classés en fonction de leur *forme*, selon qu'il s'agit d'un droit collectif juridique institutionnalisé, d'un droit collectif juridique individualisé, ou d'un droit juridique individuel au sens strict¹⁰⁵. Ils peuvent également être classés en fonction de leur *fondement*. Dans ce cas, ils peuvent être catégorisés comme droit moral collectif institutionnalisé, droit moral collectif individualisé, droit moral « purement » individuel, ou, enfin, par l'absence de droit moral quelconque. Si l'on cherche à catégoriser les droits juridiques en fonction à la fois de leur *forme* et de leur *fondement*, l'on se retrouve avec au moins douze (12) catégories différentes de droits, et non deux comme le suppose l'HIS¹⁰⁶.

2. Catégorisation de la CLF et de la *Charte canadienne*

Sur le plan strictement juridique, l'hypothèse selon laquelle la CLF confère des droits collectifs à la communauté francophone est fautive. Tous les droits qu'elle accorde en ce qui concerne la langue française peuvent être exercés par des individus¹⁰⁷, et leur exercice n'est pas réservé à ceux

¹⁰⁵ Seymour reconnaît la distinction entre les fondements et la forme d'un droit juridique (voir Michel Seymour, « Les droits collectifs des communautés de langue officielle en situation minoritaire au Canada » (2012) 1 *Minorités linguistiques & Soc* 18). Toutefois, il n'en tient pas compte dans son analyse du rapport entre la CLF et la *Charte canadienne*, et il ne s'attarde pas à l'effet qu'elle pourrait avoir sur le fardeau de preuve incombant à quiconque cherche à démontrer la présence d'une incompatibilité entre les deux textes. Par ailleurs, il ne précise pas la portée des « droits collectifs » sur lesquels serait fondée la CLF et qui seraient incompatibles avec la *Charte canadienne*, autre que d'affirmer que la nation québécoise possède un droit général à l'autodétermination linguistique et culturelle.

¹⁰⁶ Nous précisons « au moins », car la catégorie de droits fondés sur une raison autre que l'existence d'un droit moral pourrait évidemment être sous-divisée en fonction de différents types de justification.

¹⁰⁷ Au chapitre des « droits linguistiques fondamentaux », le législateur attribue des droits à toute « personne » (CLF, *supra* note 9, arts 2, 3, 6), tout « travailleur » (*ibid*, art 4), et tout « consommateur » (*ibid*, art 5), termes qui désignent des catégories d'individus. Bien que les dispositions relatives à la « législation », à la « justice » et à l'« administration » soient rédigées de façon différente (c'est-à-dire sans désigner un sujet individuel équivalent), cela ne change rien à l'analyse; les procédures visant à faire respecter les obligations qu'elles énoncent peuvent être entamées par un individu, ce qui en fait des droits individuels en vertu de la définition retenue aux fins de notre analyse. Il faut souligner d'ailleurs que la CLF ne se distingue aucunement de la *Charte canadienne* à cet égard, car cette dernière énonce également des obligations générales qui ne désignent pas une catégorie d'individus visés (*supra* note 1, arts 16, 18–19).

qui sont membres de la collectivité francophone¹⁰⁸. La CLF ne confère donc ni des droits collectifs institutionnalisés, ni des droits collectifs individualisés aux francophones.

En revanche, la CLF reconnaît certains droits collectifs à la communauté anglophone et aux peuples autochtones, notamment en matière d'éducation¹⁰⁹. Toutefois, l'on ne peut prétendre qu'il en résulte un conflit avec la *Charte canadienne*. Les droits des anglophones en matière d'éducation, qui remontent à la version originale de la CLF adoptée en 1977, ont été constitutionnalisés (avec une portée légèrement étendue) par l'adoption de l'article 23 de la *Charte*¹¹⁰. Par ailleurs, bien que cette dernière ne confère aucun droit spécifique aux peuples autochtones, leurs droits issus d'une autre source — droits qui sont forcément collectifs¹¹¹ — sont explicitement reconnus et protégés contre toute atteinte fondée sur la *Charte*¹¹².

Si l'on s'intéresse aux fondements plutôt qu'à la forme juridique, l'hypothèse d'une CLF aux droits collectifs francophones paraît plus vraisemblable. Les droits individuels juridiques conférés par la CLF pourraient en principe reposer sur des droits moraux collectifs (institutionnalisés ou individualisés); c'est d'ailleurs ce que semble désormais affirmer le préambule de la CLF depuis les modifications apportées en 2022¹¹³. S'il s'avérait que les droits conférés par la *Charte canadienne* reposent plutôt sur des droits moraux individuels, on pourrait y voir les prémices d'une discordance conceptuelle. Toutefois, pour valider une telle hypothèse, il faudrait démontrer que les droits linguistiques conférés par la *Charte canadienne* sont fondés *uniquement* sur des droits moraux individuels. Il faudrait également établir que la *Charte* *réfute* toute reconnaissance d'un droit moral collectif. Soulignons que cette deuxième prémisse ne peut être déduite directement de la première. Le seul fait qu'un texte de loi reconnaisse uniquement des droits individuels ne signifie pas qu'il serait impossible de justifier la reconnaissance de droits collectifs en se fondant sur les mêmes principes de base, ni que le texte cherche à nier positivement toute reconnaissance de ce dernier type de droit.

Certains auteurs soutiennent en effet que la *Charte* reconnaît uniquement des intérêts individuels. Par exemple, Eugénie Brouillet prétend que la *Charte* serait fondée sur une « conception libérale individua-

¹⁰⁸ Voir Woehrling, « Les concepts juridiques », *supra* note 69 à la p 33.

¹⁰⁹ *Supra* note 9, arts 73, 87–88.

¹¹⁰ Voir la section III.A du présent article, ci-dessous.

¹¹¹ Voir *R c Van der Peet*, [1996] 2 RCS 507 aux para 41–43, 137 DLR (4^e) 289.

¹¹² Voir *Charte canadienne*, *supra* note 1, art 25.

¹¹³ Voir *Loi sur la langue officielle et commune*, *supra* note 36, art 1.

liste des droits et libertés »¹¹⁴. Cette dernière « rejet[te] l'idée selon laquelle l'être humain est avant tout un être socialement constitué »¹¹⁵ et chercherait plutôt à garantir une forme d'égalité linguistique individuelle et formelle qui « résiste [...] fortement à la prise en compte de l'existence de différences entre les communautés dans l'interprétation des droits et libertés », même lorsque les circonstances « commandent un équilibre entre les dimensions individuelle et collective des droits »¹¹⁶. Somme toute, la *Charte* aurait « mis en veilleuse les droits collectifs » des diverses composantes du Canada, dont le Québec¹¹⁷.

Toutefois, ces assertions sont contredites par le texte de la *Charte* et par la jurisprudence relative aux droits linguistiques, et ce, à plusieurs égards. L'article 16.1 de la *Charte*, par exemple, confère explicitement des droits collectifs aux communautés francophone et anglophone du Nouveau-Brunswick¹¹⁸. La jurisprudence concernant l'article 23 démontre qu'il s'agit d'un droit à la fois individuel et collectif¹¹⁹. Les tribunaux abondent dans le même sens en ce qui concerne l'article 20 de la *Charte*¹²⁰. Dans l'arrêt *Lalonde*, la Cour d'appel de l'Ontario a statué que la LSF (qui vise à faire progresser l'égalité linguistique au sens du paragraphe 16(3)) et le principe constitutionnel non écrit de la protection des minorités protègent les intérêts collectifs de la communauté franco-ontarienne¹²¹. Dans l'affaire *Beaulac*, la Cour suprême a conclu que « [l]es droits linguistiques doivent dans tous les cas être interprétés [...] de façon compatible avec le maintien et l'épanouissement des collectivités de langue officielle au Canada » [soulignements dans l'original]¹²². Une jurisprudence constante prévoit que les droits linguistiques conférés par la *Charte* reposent sur un principe d'égalité réelle et non formelle,¹²³ principe qui permet, et même exige l'adoption de mesures asymétriques afin de tenir compte des particularités de chaque communauté linguistique¹²⁴. Enfin, la Cour suprême a

¹¹⁴ Brouillet, « Le fédéralisme canadien d'hier à aujourd'hui », *supra* note 28 à la p 420.

¹¹⁵ Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 à la p 367.

¹¹⁶ *Ibid.*

¹¹⁷ *Ibid* aux pp 359–60.

¹¹⁸ Voir *Charlebois*, *supra* note 55 au para 63.

¹¹⁹ Voir *Mahe*, *supra* note 90 à la p 362; *Solski*, *supra* note 86 au para 33; *Conseil scolaire*, *supra* note 86 au para 13.

¹²⁰ Voir *DesRochers*, *supra* note 12 aux para 50–53.

¹²¹ Voir *Lalonde*, *supra* note 3 aux para 129, 143.

¹²² *Beaulac*, *supra* note 2 au para 25.

¹²³ Voir *ibid* aux para 24–25.

¹²⁴ Voir *Association des parents*, *supra* note 12 aux para 32–33; *DesRochers*, *supra* note 12 au para 51. Voir également Pierre Foucher, « Le carré redevenu cercle? : Fédéralisme, droits linguistiques et égalité dans l'interprétation de la constitution canadienne » dans

reconnu à plusieurs reprises que la préservation du français au Québec constitue un objectif légitime permettant de justifier l'imposition d'une limite aux droits conférés par la *Charte* en vertu de l'article premier¹²⁵. Il est donc faux que l'égalité linguistique au sens de la *Charte* repose sur un rejet systématique des droits collectifs et/ou sur un refus de tenir compte de la dimension collective des enjeux linguistiques¹²⁶.

Au fait, les travaux de Brouillet illustrent bien les dangers d'un manque de rigueur dans l'emploi de la notion de « droits collectifs ». Pour étayer sa conclusion selon laquelle la *Charte* serait un instrument essentiellement individualiste, Brouillet s'appuie entre autres sur l'arrêt *Solski*¹²⁷. Dans cette affaire, la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la constitutionnalité du paragraphe 73(2) de la CLF, qui prévoit que seul un enfant ayant reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais détient le droit de s'inscrire dans une école de langue anglaise subventionnée, conformément au paragraphe 23(2) de la *Charte*¹²⁸. La Cour a validé le paragraphe 73(2), mais elle a statué que la notion de « majeure partie » doit être interprétée de façon qualitative, par opposition à l'approche mathématique adoptée par le ministère de l'Éducation en l'espèce. Selon Brouillet, la Cour en serait arrivée à ce résultat parce qu'elle a d'abord conclu que l'objet premier de l'article 23 est de protéger un droit individuel et non un droit collectif¹²⁹. Si l'article 23 avait été interprété correctement — c'est-à-dire en présumant qu'il protège un droit collectif —, la Cour aurait conclu qu'il n'y avait aucun conflit entre celui-ci et l'interprétation de la CLF proposée par le gouvernement québécois.

Or, il y a deux problèmes importants à souligner par rapport à ce raisonnement. Premièrement, Brouillet se contredit. En critiquant l'arrêt *Solski*, elle prétend que l'objet de l'article 23 serait de protéger un droit collectif, alors qu'elle soutient ailleurs dans le même texte que la *Charte* serait un instrument essentiellement individualiste. Peut-être voulait-elle dire que c'est la jurisprudence, et non la *Charte* elle-même, qui reflète un *ethos* strictement individualiste, et que les tribunaux auraient donc déna-

Linda Cardinal, dir, *Le fédéralisme asymétrique et les minorités linguistiques et nationales*, Sudbury, Prise de parole, 2008, 269.

¹²⁵ Voir *Québec (Éducation, Loisir et Sport) c Nguyen*, 2009 CSC 47 aux para 38–39 [Nguyen]; Ford, *supra* note 86 aux pp 777–79.

¹²⁶ J'ai analysé cette question en plus de détail dans Labelle Eastaugh, « Linguistic Community », *supra* note 89.

¹²⁷ Cet arrêt est également analysé dans la section III.A.2 du présent texte.

¹²⁸ Voir Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 à la p 378.

¹²⁹ Voir *ibid.*

turé la *Charte*? Mais dans ce cas, elle aurait dû tempérer sa prétention selon laquelle la *Charte* récuse toute reconnaissance des droits collectifs¹³⁰.

Deuxième problème : l'idée que l'article confère un « droit collectif » n'appuie en fait aucunement son raisonnement, faute d'une analyse suffisamment rigoureuse. Selon Brouillet, l'article 23 confère des droits collectifs parce qu'il cherche à protéger les communautés francophones et anglophones en tant que collectivités¹³¹. Pour étayer cette conclusion, elle s'appuie sur le fait que le droit de faire instruire ses enfants en anglais (au Québec) ou en français (dans les autres provinces) correspond à ce que nous avons désigné plus haut par le terme « droit collectif individualisé » (un droit individuel pouvant être exercé uniquement par les membres d'une collectivité particulière). Brouillet en déduit (avec raison) qu'une personne qui n'est pas membre de la communauté en cause ne devrait pas pouvoir exercer les droits qui appartiennent à cette dernière. En se fondant sur ce constat, elle critique le critère retenu par la Cour, qui repose sur une « conception essentiellement individualiste des droits linguistiques », car il permettrait à des individus qui ne sont pas authentiquement membres de la communauté anglo-québécoise de se prévaloir des droits collectifs de cette dernière¹³². Toutefois, s'il est vrai que l'article 23 confère un certain type de droit collectif (ce que la Cour a reconnu de façon explicite dans *Solski*, d'ailleurs¹³³), Brouillet esquive complètement l'aspect le plus important de la question qu'elle soulève, à savoir comment déterminer qui est membre de la collectivité visée. Brouillet soutient que le critère de l'« engagement authentique » développé par la Cour suprême serait « essentiellement individualiste » parce qu'il ne tient pas compte du pays d'origine, de la langue maternelle et du degré d'attachement « naturel » avec la minorité anglophone des parents. Cependant, elle n'explique pas pourquoi la conception mathématique du critère de la « majeure partie », qui ne tient pas davantage compte des facteurs qu'elle soulève, et qui du reste se limiterait à une analyse encore plus superficielle du dossier, constituerait un critère d'appartenance moins « individualiste »¹³⁴. Sa critique est donc totalement dénuée de fondement.

¹³⁰ Voir *ibid.* Une telle interprétation soulèverait en fait d'autres problèmes, car Brouillet souligne elle-même qu'il y a de « nombreuses décisions » de la Cour suprême disant que l'article 23 vise, entre autres, la protection d'un droit collectif (*ibid.*).

¹³¹ Voir *ibid.*

¹³² *Ibid.*

¹³³ *Supra* note 86 au para 23.

¹³⁴ Henri Brun défend une hypothèse semblable, qui souffre des mêmes défauts que celle de Brouillet (*Les institutions démocratiques*, *supra* note 29 à la p 140).

III. Déclarations d'invalidité visant la CLF

Les écrits qui appuient l'hypothèse de l'incompatibilité structurelle évoquent souvent le fait que certaines dispositions de la CLF ont été déclarées inconstitutionnelles en raison d'un conflit avec la *Charte*. L'existence de cette jurisprudence confère une certaine plausibilité à l'hypothèse, du moins à première vue. Toutefois, les conflits relevés par les tribunaux ne permettent pas de conclure qu'il y aurait une incompatibilité fondamentale entre les modèles d'aménagement linguistique qui sous-tendent la CLF et la *Charte*. Au contraire, les arrêts en question soulignent plutôt à quel point les deux modèles se ressemblent.

D'entrée de jeu, il faut souligner que l'étendue des conflits directs est beaucoup plus limitée que ne le croient certains auteurs, car une proportion importante des déclarations d'inconstitutionnalité visant la CLF étaient fondées sur l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et non la *Charte canadienne*¹³⁵. Les conflits directs entre la *Charte canadienne* et la CLF relevés par la jurisprudence sont en fait peu nombreux et d'une portée très limitée. En réalité, les seules dispositions ayant été déclarées contraires à la *Charte*, *stricto sensu*, portent sur l'éducation [**partie III.A**]. Néanmoins, il y a également lieu de se pencher sur la question de l'affichage commercial [**partie III.B**]. Dans l'arrêt *Ford*, certaines dispositions de la CLF ont été déclarées incompatibles avec le droit à la liberté d'expression conféré par la *Charte des droits et libertés de la personne* (*Charte québécoise*)¹³⁶. Les similitudes entre cette dernière et la *Charte canadienne* portent à croire que les dispositions en question auraient été jugées incompatibles avec la *Charte canadienne* si cette dernière avait été appliquée. Il faut donc s'interroger sur la signification plus large d'une telle conclusion.

¹³⁵ Plusieurs auteurs négligent la distinction entre les deux. Voir par ex Jean-François Caron, « Le Québec et la Confédération : le fédéralisme et la théorie du pacte » dans Jean-François Caron et Marcel Martel, dir, *Le Canada français et la Confédération : fondements et bilan critique*, Québec, Presses de l'Université Laval, 2016, 29 à la p 33; Alain-Robert Nadeau, « L'incidence de la *Charte canadienne des droits et libertés* sur les droits linguistiques québécois » dans André Braën, Pierre Foucher et Yves Le Bouthillier, dir, *Langues, constitutionnalisme et minorités*, Markham (ON), LexisNexis, 2006, 481 aux pp 491–92.

¹³⁶ *Ford*, *supra* note 86 aux pp 788–89. Voir aussi *Charte québécoise*, *supra* note 84.

A. Éducation

1. Généralités

En adoptant la CLF, le législateur québécois a voulu mettre fin au libre choix en matière de scolarité et imposer le français comme langue d’instruction commune de la province. Cet aspect de la loi visait principalement à inciter les enfants d’immigrants à s’intégrer à la majorité francophone plutôt qu’à la minorité anglophone, comme ils le faisaient massivement à l’époque. Une telle tendance, conjuguée à la dénatalité, risquait à moyen ou à long terme de réduire le poids démographique des francophones et d’affaiblir la langue française, déjà vulnérable¹³⁷. La CLF a donc fait du français la langue obligatoire de l’instruction primaire et secondaire¹³⁸, sous réserve toutefois d’une exception importante au profit de la minorité anglophone, à qui la loi accordait un droit à l’instruction primaire et secondaire dans sa langue¹³⁹.

Dans son ensemble, une telle approche était et demeure parfaitement compatible avec l’article 23 de la *Charte canadienne*. Cette disposition ne remet aucunement en cause le pouvoir général des provinces de choisir la langue d’instruction dans leur système d’éducation, ni celui d’employer une langue d’instruction commune comme vecteur d’intégration sociale¹⁴⁰. Plutôt, à l’instar de la CLF, l’article 23 confère des droits visant à préserver les minorités francophone et anglophone du Canada¹⁴¹. En fait, les concepteurs de l’article 23 se sont directement inspirés de la CLF et ont voulu laisser son modèle intact¹⁴².

Néanmoins, il y avait au départ une certaine incohérence entre la CLF et la *Charte canadienne*, étant donné que l’article 73 de la CLF de

¹³⁷ Voir Laurin, *supra* note 75 aux pp 6–8, 46.

¹³⁸ *Supra* note 9, art 72 telle que parue en 1977.

¹³⁹ Voir *ibid.*, art 73 telle que parue en 1977.

¹⁴⁰ Voir notamment Gosselin, *supra* note 39 (où la Cour suprême du Canada a statué que le législateur québécois pouvait valablement interdire à toute personne qui n’était pas visée par l’article 23 de la *Charte* d’inscrire son enfant dans une école de langue anglaise subventionnée par l’État).

¹⁴¹ Voir *Conseil scolaire*, *supra* note 86 au para 11.

¹⁴² Voir Pierre Carignan, « De la notion de droit collectif et de son application en matière scolaire au Québec » (1984) 18 RJT 1 aux pp 86–87, citant *Québec (PG) c Quebec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 RCS 66 aux pp 82–84, 10 DLR (4^e) 321; Daniel Proulx, « La Loi 101, la clause-Québec et la Charte canadienne devant la Cour suprême : un cas d’espèce? » (1985) 16:1 RGD 167 aux pp 178–79. L’article 23 de la *Charte* prévoit une catégorie d’ayants droit supplémentaire qui n’a pas d’équivalent dans la CLF (*supra* note 1, art 23(1a)), mais elle ne s’applique pas au Québec (voir LC 1982, *supra* note 39, art 59).

1977 limitait le droit à l'instruction en anglais aux parents ayant reçu leur instruction en anglais au Québec (la « clause-Québec »), alors que l'article 23 de la *Charte* s'applique à tout citoyen canadien ayant reçu son instruction primaire au Canada dans la langue visée (la « clause-Canada »)¹⁴³. Cette différence a bel et bien donné lieu à une déclaration d'inconstitutionnalité de la clause-Québec. Toutefois, il ne faut pas en exagérer l'importance, car son effet pratique sur le profil démographique de la province a toujours été négligeable. Premièrement, la CLF visait d'abord et avant tout les immigrants internationaux et non les Anglo-Canadiens. En fait, le gouvernement québécois avait offert de négocier des ententes de réciprocité avec les provinces anglophones en matière d'éducation qui auraient eu pour effet de conférer à leurs ressortissants les mêmes droits que la minorité anglo-québécoise¹⁴⁴. Deuxièmement, la migration interprovinciale anglophone vers le Québec est faible et n'a jamais atteint des niveaux qui permettraient de modifier la composition linguistique de la province¹⁴⁵.

Si cette différence entre la CLF de 1977 et l'article 23 de la *Charte* revêt une certaine importance, cette dernière se situe plutôt sur le plan de la symbolique nationalitaire. L'article 23 envisage les communautés francophones et anglophones comme étant des entités pancanadiennes, dans la mesure où l'espace dans lequel il se déploie est défini (dans un premier temps) à l'échelle canadienne. La CLF de 1977, en revanche, opérait une distinction entre les Anglo-Québécois et les Anglo-Canadiens non québécois, les premiers étant une minorité nationale pouvant revendiquer des droits en matière d'éducation, les deuxièmes étant plutôt assimilés à des immigrants dont on pouvait légitimement exiger qu'ils s'intègrent à la culture dominante. Nous aborderons la pertinence des questions identi-

¹⁴³ La CLF se distinguait également de la *Charte* en ce qu'elle n'exigeait pas que la personne ait la citoyenneté canadienne.

¹⁴⁴ Voir Jean-Pierre Proulx, « Le choc des Chartes : histoire des régimes juridiques québécois et canadien en matière de langue d'enseignement » (1989) 23:1 RJT 67 aux pp 123–24 [J-P Proulx, « Le choc des Chartes »].

¹⁴⁵ Les données du recensement de 2021 ne sont pas encore disponibles, mais de 1966 à 2016, le solde des flux migratoires des personnes ayant l'anglais comme langue maternelle était négatif (voir Statistique Canada, *Migration interprovinciale selon la langue maternelle pour les migrants interprovinciaux âgés de 5 ans et plus, provinces et territoires, 1971 à 2016*, n° de tableau 15-10-0006-01, 21 août 2020, en ligne : *Statistique Canada* <www150.statcan.gc.ca> [perma.cc/JMF2-SEZQ]). Il y a eu une perte des effectifs très importante entre 1976 et 1996 (voir Hervé Gauthier et al., *D'une génération à l'autre : évolution des conditions de vie*, vol 2, Québec, Bureau de la statistique du Québec, 1998 aux pp 98–99). La tendance s'est poursuivie par la suite, mais de façon moins prononcée (voir René Houle, Daniel Pereira et Jean-Pierre Corbeil « Portrait statistique de la population immigrante de langue française à l'extérieur du Québec (1991 à 2011) » (juin 2014) aux pp 39–48, en ligne (pdf) : *Gouvernement du Canada* <canada.ca> [perma.cc/M7SU-KFFP]).

taires en plus de détail dans la section suivante. Pour l’instant, il suffit de noter qu’il ne s’agit pas d’un conflit de politique linguistique au sens strict, mais plutôt d’un conflit idéologique portant sur la signification des frontières provinciales en ce qui concerne l’identité nationale.

2. Jurisprudence découlant des « écoles passerelles »

Les dispositions de la CLF relatives à l’éducation ont également donné lieu à deux contestations judiciaires dans le cadre du phénomène des « écoles passerelles ». Ces établissements avaient pour but d’exploiter le droit à la continuité scolaire prévu au paragraphe 23(2) de la *Charte canadienne*. En vertu de celui-ci, tout enfant ayant reçu son instruction primaire ou secondaire en anglais au Canada acquiert le droit de poursuivre son éducation dans cette langue à même les fonds publics, et ce, même si aucun de ses parents n’est un ayant droit. Un certain nombre de parents québécois qui ne détenaient aucun droit en vertu de l’article 23 ont inscrit leurs enfants dans des écoles de langue anglaise privées non subventionnées (qui n’étaient donc pas assujetties aux limites imposées par la CLF) afin de leur permettre d’acquérir le droit à la continuité scolaire. Autrement dit, ils cherchaient à contourner la politique linguistique québécoise au moyen d’une instruction privée de courte durée en anglais. Le Québec a adopté des mesures administratives et législatives dans le cadre du régime de la CLF afin d’enrayer cette pratique, mesures dont la compatibilité avec la *Charte* a été contestée devant la Cour suprême du Canada à deux reprises (les arrêts *Solski*¹⁴⁶ et *Nguyen*¹⁴⁷).

Or, cette jurisprudence ne révèle aucune incompatibilité de principe entre la CLF et la *Charte canadienne*. Comme nous l’avons déjà mentionné, l’arrêt *Solski* a confirmé la validité du paragraphe 73(2) de la CLF, qui prévoit que seul un enfant d’un citoyen canadien ayant reçu la « majeure partie » de son enseignement en anglais au Canada peut se prévaloir du droit à la continuité scolaire. La Cour suprême a certes invalidé l’interprétation administrative du ministère de l’Éducation, selon laquelle la notion de « majeure partie » devait s’interpréter de façon mathématique et non qualitative¹⁴⁸. Toutefois, l’on ne peut prétendre sérieusement que cette conclusion révèle l’existence d’une incompatibilité structurelle entre la CLF et la *Charte canadienne*.

L’arrêt *Nguyen*, pour sa part, porte sur une mesure législative adoptée entre le moment où le litige dans l’affaire *Solski* a pris naissance et la décision de la Cour suprême dans cette dernière. Pour répondre à la pro-

¹⁴⁶ *Supra* note 86.

¹⁴⁷ *Supra* note 125.

¹⁴⁸ Voir *Solski*, *supra* note 86 au para 35.

blématique des écoles passerelles, l'Assemblée nationale avait modifié l'article 73 de la CLF afin d'écarter complètement tout enseignement reçu au sein d'un établissement scolaire privé non subventionné du calcul de la « majeure partie ». Cette modification a été contestée comme étant contraire au paragraphe 23(2) de la *Charte*. La Cour suprême a donné raison aux parents, mais son jugement ne remet pas en question la validité, au regard de la *Charte*, de l'objectif de base poursuivi par le législateur québécois en modifiant la CLF. Au contraire, la Cour a plutôt insisté sur l'importance du problème auquel cherchait à remédier le législateur ainsi que sur la légitimité de son intervention¹⁴⁹. Elle était notamment d'avis que l'objectif visé était d'une importance suffisante pour justifier l'imposition de certaines limites, en vertu de l'article premier de la *Charte*, au droit conféré par le paragraphe 23(2)¹⁵⁰. Bien que la Cour ait conclu que l'exclusion *automatique* de toute période passée dans une école privée non subventionnée était contraire à l'article 23, elle a statué qu'une telle exclusion serait permise si une analyse complète du dossier démontrait que l'inclusion de la période en question serait contraire à l'objet de l'article 23¹⁵¹.

B. Affichage commercial

Dans sa version originale, l'article 58 de la CLF imposait le français comme unique langue d'affichage commercial, sous réserve d'un pouvoir d'exception accordé à l'Office québécois de la langue française¹⁵². Il s'agissait sans aucun doute d'un pilier majeur de la politique linguistique québécoise. Dans l'arrêt *Ford*, la Cour suprême du Canada a invalidé cette disposition. Cette décision serait-elle révélatrice d'une antinomie de principe entre la *Charte* et la politique linguistique incarnée par la CLF? À notre avis, il faut répondre par la négative.

Premièrement, il faut souligner que la décision de la Cour n'était pas fondée sur l'alinéa 2(b) de la *Charte canadienne* (liberté d'expression), mais plutôt sur l'article 3 de la *Charte québécoise*¹⁵³, qui confère un droit identique. L'alinéa 2(b) de la *Charte canadienne* était inapplicable à l'article 58 parce que le législateur avait invoqué la clause dérogatoire en adoptant la CLF. Il serait donc difficile de prétendre que le « modèle québécois » imposerait un résultat différent, à moins de soutenir que la *Charte québécoise* ne fasse pas partie de ce « modèle ».

¹⁴⁹ Voir *Nguyen*, *supra* note 125 aux para 29, 35–36.

¹⁵⁰ Voir *ibid* au para 42.

¹⁵¹ Voir *ibid* aux para 36, 44.

¹⁵² *Supra* note 9, art 58 telle que parue en 1977.

¹⁵³ *Supra* note 84.

Cela dit, la *Charte canadienne* se trouvait tout de même dans le portrait, car le droit à la liberté d'expression conféré par celle-ci est identique à celui conféré par l'article 3 de la *Charte québécoise*. La Cour suprême a d'ailleurs analysé les deux dispositions comme si elles ne faisaient qu'une. En partant de ce constat, on pourrait tenter de faire valoir que l'*ethos* de la *Charte canadienne* a influé sur l'interprétation de l'article 3 de la *Charte québécoise*, et que la source de l'incompatibilité constatée par la Cour suprême se trouve « réellement » dans la première et non la deuxième¹⁵⁴.

Or, il n'en est rien. Le fait que les libellés des dispositions pertinentes soient essentiellement identiques porte à croire qu'il en va de même de leur *ethos*. D'ailleurs, leur similitude sur le plan textuel reflète non pas l'influence de la *Charte canadienne* sur son homologue québécois, adopté plusieurs années avant elle, mais plutôt l'inverse¹⁵⁵, ainsi que l'existence d'un consensus international en la matière, dont les deux chartes sont issues. En effet, l'article 58 de la CLF a plus tard été jugé contraire au droit à la liberté d'expression conféré par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*¹⁵⁶. À la suite d'une analyse du droit comparé en la matière, Frédéric Bérard en arrive à la conclusion suivante : « même si la *Charte canadienne* n'avait pas existé, rien n'indique que la décision de la Cour dans l'arrêt *Ford* aurait été différente. En d'autres termes, l'effet réel de la *Charte canadienne* et de son *ethos* allégué dans l'arrêt *Ford* est, fort probablement, difficilement notable »¹⁵⁷.

IV. Aller au-delà des idéologies

L'adoption de la CLF et de la *Charte canadienne* s'est déroulée dans un contexte politique très chargé où s'affrontaient des idéologies divergentes qui ont marqué les esprits de façon durable. Les travaux qui défendent l'hypothèse de l'incompatibilité structurelle en portent des traces

¹⁵⁴ Voir Bérard, *supra* note 32 à la p 127.

¹⁵⁵ La *Charte québécoise* était l'une des principales sources d'inspiration des rédacteurs de la *Charte canadienne* (voir Roger Tassé, *Ma vie, le droit, la Constitution et bien plus encore! : mémoires d'un sous-ministre fédéral de la Justice*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 2013 aux pp 207–08).

¹⁵⁶ Voir *Ballantyne, Davidson, and McIntyre v Canada*, Communications 59/1989 et 385/1989, Doc off CDH NU, 47^e sess, Doc NU C/47/D/359/1989 et 385/1989 (1993); *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, 19 décembre 1966, 999 RTNU 171 (entrée en vigueur : 23 mars 1976, accession du Canada 19 mai 1976).

¹⁵⁷ Bérard, *supra* note 32 à la p 146. Soulignons que Bérard analyse non seulement la portée du droit à la liberté d'expression, mais également celle du pouvoir d'imposer des limites raisonnables à ce droit en vertu de l'article premier de la *Charte canadienne* et de l'article 9.1 de la *Charte québécoise* (voir *ibid* aux pp 126–41).

évidentes, notamment la présence de grilles d'analyse empruntées au discours politique¹⁵⁸. Plusieurs auteurs, y compris des juristes, semblent envisager la CLF et la *Charte canadienne* d'abord et avant tout comme des objets symboliques déployés dans le cadre d'une lutte idéologique binaire, et non comme du droit¹⁵⁹. Cela se manifeste notamment par des analyses fondées partiellement ou même principalement sur ce que l'on croit être les effets psychosociaux escomptés de l'une ou l'autre des chartes sur le plan identitaire, plutôt que sur les effets juridiques ou linguistiques des dispositions adoptées. Pour certains, le but principal de la *Charte canadienne* serait d'imposer une identité nationale pancanadienne qui minimiserait l'importance des autres identités, notamment l'identité québécoise (qui serait même carrément « niée »¹⁶⁰), alors que l'objet de la CLF serait de contribuer à l'édification ou à la protection de cette nation québécoise désavouée¹⁶¹. Autrement dit, la CLF et la *Charte canadienne* reposeraient sur des conceptions antinomiques du Canada et de la place du Québec au sein de celui-ci, et les politiques linguistiques qu'elles mettent en œuvre seraient donc forcément irréconciliables.

Un tel raisonnement nous permet-il de conclure que la CLF ne cherche pas à faire progresser l'égalité entre l'anglais et le français au sens du paragraphe 16(3)? Prise au premier degré, la question doit recevoir une réponse négative. Peu importe la pertinence des idéologies politiques du point de vue des sciences sociales, l'interprétation d'une loi ou de la Constitution ne peut procéder sur cette base. Le raisonnement juridique ne prend jamais comme point de départ l'idéologie des politiciens ayant participé à l'adoption de la disposition législative ou constitutionnelle en question. Même au sein d'un mouvement politique relativement bien défini, les idéologies sont hétéroclites et composées d'idées floues et contradictoires. Les tribunaux, qui sont appelés à donner un effet concret à des textes spécifiques, cherchent d'abord et avant tout des définitions précises, rigoureuses et stables élaborées à l'aide d'un cadre d'analyse fondé sur l'autonomie du droit en tant que système discursif et normatif. De façon générale, les principes d'interprétation législative ou constitutionnelle appliqués par les tribunaux n'accordent aucune importance à la

¹⁵⁸ Voir par ex J-P Proulx, « Le choc des Chartes », *supra* note 144 aux pp 171–72.

¹⁵⁹ Voir par ex Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 aux pp 359–60, 365–66.

¹⁶⁰ Voir Brouillet, *La négation de la nation*, *supra* note 46 à la p 324.

¹⁶¹ Voir Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 aux pp 383–84. Voir aussi José Woehrling, « Convergences et divergences entre fédéralisme et protection des droits et libertés : l'exemple des États-Unis et du Canada » (2000) 46:1 RD McGill 21 aux pp 66–67; Caron et Laforest, *supra* note 46 à la p 39; Laforest, *supra* note 31 aux pp 255–56.

signification que pourrait avoir un texte de loi dans le cadre d'une idéologie particulière¹⁶².

L'analyse juridique n'est certes pas à l'abri d'influences non juridiques, notamment lorsqu'il s'agit d'interpréter des dispositions à « texture ouverte »¹⁶³. Toutefois, l'autonomie du droit exige que l'on envisage avec soin le rôle des considérations tirées d'une source non juridique. Par exemple, l'on ne peut procéder comme si la pensée d'un politicien particulier constitue la clé de voûte permettant de comprendre le sens réel d'un instrument juridique particulier, comme le font certains¹⁶⁴. Ni la CLF, ni la *Charte canadienne* ne sont l'œuvre d'une seule personne. Certes, le contexte historique dans lequel une disposition fut adoptée est en principe pertinent. On pourrait donc prétendre qu'il faille tenir compte du fait que la *Charte* et la CLF se voulaient, selon leurs auteurs et les mouvements politiques qui les ont portés en tant que projets, l'expression d'idéologies nationalistes antinomiques. Toutefois, même à supposer qu'une telle description soit exacte¹⁶⁵, la question ne peut être soulevée dans un vide. Il faut d'abord avoir défini une question justiciable, fondée sur les textes en question, qu'une telle distinction nous permettrait de trancher¹⁶⁶.

¹⁶² Comme le souligne la juge Deschamps dans l'arrêt *Chaoulli*, « [l]es critères d'intervention des tribunaux doivent pouvoir être fondés sur des principes juridiques, non sur un discours politico-social [...]. Les tribunaux ont le devoir de s'élever au-dessus du débat politique » (*Chaoulli c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 35 aux para 85, 89).

¹⁶³ Voir H L A Hart, *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, Oxford University Press, 1961 aux pp 120–31. « [L]a *Charte* n'a pas été adoptée en l'absence de tout contexte [...], elle doit être située dans ses contextes linguistique, philosophique et historique appropriés » (*R c Big M Drug Mart Ltd*, [1985] 1 RCS 295 à la p 344, 18 DLR (4^e) 321).

¹⁶⁴ Par exemple, plusieurs analyses du rapport entre la CLF et la *Charte* accordent une importance démesurée aux avis exprimés par Pierre Elliott Trudeau, allant jusqu'à citer des textes publiés après son premier ministère (voir Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 aux pp 366–67. Voir aussi Laforest, *supra* note 31 à la p 253; Frédéric Bastien, *La bataille de Londres : dessous, secrets et coulisses du rapatriement constitutionnel*, Montréal, Boréal, 2013 aux pp 308–09).

¹⁶⁵ Les travaux de Jean Leclair démontrent à quel point une telle conception binaire du paysage idéologique et identitaire est réductrice (voir Leclair, « Le fédéralisme », *supra* note 47; Jean Leclair, « Military Historiography, Warriors, and Soldiers: The Normative Impact of Epistemological Choices » dans Patrick Macklem et Douglas Sanderson, dir, *From Recognition to Reconciliation: Essays on the Constitutional Entrenchment of Aboriginal and Treaty Rights*, Toronto, University of Toronto Press, 2016, 179).

¹⁶⁶ Comme l'a récemment souligné la Cour suprême, « [l]a Constitution “ne saurait être considérée comme un simple contenant, à même de recevoir n'importe quelle interprétation qu'on pourrait vouloir lui donner” » (*Québec (Procureure générale) c 9147-0732 Québec inc*, 2020 CSC 32 au para 9, citant *Renvoi relatif à la public service employee relations act (alb)*, [1987] 1 RCS 313 à la p 394, 38 DLR (4^e) 161 et *Caron c Alberta*, 2015 CSC 56 au para 36).

Dans sa version originale, la CLF prenait comme point de départ que « la langue française permet au peuple québécois d'exprimer son identité »¹⁶⁷. Depuis les modifications apportées par le projet de loi 96, elle énonce également que « le français est la seule langue commune de la nation québécoise »¹⁶⁸. La reconnaissance de ce « peuple » ou de cette « nation » et de ses intérêts serait-elle récusée par le principe d'égalité linguistique consacré par la *Charte*? D'un point de vue juridique, rien ne permet de le penser. Au contraire, l'idée selon laquelle la langue française permet au peuple québécois « d'exprimer son identité » fait elle-même partie des principes de base applicables à l'interprétation des droits linguistiques conférés par la *Charte*¹⁶⁹. L'on pourrait certes s'interroger sur la nature précise de ce « peuple » ou de cette « nation » et sur son rapport avec le « Québec » juridiquement défini, dont l'existence découle de la Constitution. Divers courants de pensée ont justement revendiqué une modification du cadre applicable à ce « Québec » juridique au nom des intérêts d'une entité pré- ou périjuridique désignée par les termes « peuple québécois » ou « nation québécoise », ce qui suppose forcément l'existence d'une certaine distinction entre les deux. Toutefois, même si l'on présume que ces termes désignent une entité autre que la population du « Québec » juridiquement défini, il ne s'ensuit pas que les mesures comprises dans la CLF soient incompatibles ou irréconciliables avec le principe d'égalité linguistique consacré par la *Charte*. Pour en arriver à une telle conclusion, il faudrait d'abord démontrer que la *Charte* cherche à nier positivement l'existence d'une telle entité — ou qu'elle s'oppose à toute reconnaissance de celle-ci sur le plan juridique — en raison de son caractère « national », ce qui est invraisemblable¹⁷⁰. Il serait également nécessaire de démontrer que les mesures en question sont fondées *uniquement* sur le caractère « national » de la collectivité et non sur ses intérêts en tant que communauté linguistique; car, comme nous l'avons démontré, la protection d'intérêts linguistiques collectifs est, en principe, parfaitement compatible avec l'égalité linguistique au sens de la *Charte*. Or, rien ne permet de

¹⁶⁷ *Supra* note 9, préambule telle que parue en 1977.

¹⁶⁸ *Loi sur la langue officielle et commune*, *supra* note 36, art 1.

¹⁶⁹ Voir *Mahe*, *supra* note 90 à la p 362; *Conseil scolaire*, *supra* note 86 au para 14.

¹⁷⁰ La structure fédérale du Canada résulte d'une désagrégation du Canada-Uni dont l'objectif était de permettre aux *demoi* canadien-français et canadien-anglais de se gouverner de façon autonome, sous réserve des droits des minorités (voir Leclair, « Trudeau », *supra* note 39 à la p 42). Il faut également souligner que la Chambre des communes a déjà reconnu « que les Québécoises et les Québécois forment une nation au sein d'un Canada uni » (*Débats de la Chambre des communes*, 39-1, vol 141, n° 087 (27 novembre 2006) aux pp 5404, 5411-12), et qu'une loi fédérale reconnaît déjà le « peuple acadien » et sa fête « nationale » (voir *Loi sur la Journée de la fête nationale des Acadiens et des Acadiennes*, LC 2003, c 11, préambule). Rien ne porte à croire que de tels gestes seraient contraires au paragraphe 16(1) de la *Charte canadienne* (*supra* note 1).

supposer que les visées de la CLF devraient être comprises d'une façon aussi limitée.

L'aspect de la CLF qui risque le plus de poser problème tient plutôt au statut privilégié qu'elle accorde au français par rapport à toute autre langue, notamment l'anglais. Selon certains, « la loi 101 proclam[e] non pas l'égalité linguistique au Québec mais la primauté de la langue française »¹⁷¹. Autrement dit, la CLF heurterait de plein fouet le principe de base de la *Charte canadienne*. Cette prétention est-elle exacte? Si, comme le supposent certains¹⁷², la *Charte* reposait sur un principe d'égalité formelle, il faudrait répondre par l'affirmative. Toutefois, elle se fonde sur un principe d'égalité réelle et non d'égalité formelle; elle n'exige pas que le traitement réservé à chaque langue soit parfaitement symétrique. Évidemment, il ne s'ensuit pas que n'importe quelle mesure favorisant le français est compatible avec le principe d'égalité réelle, et l'on peut légitimement se questionner sur la compatibilité de tel ou tel choix du législateur avec celui-ci¹⁷³. Cependant, la seule présence d'une asymétrie de traitement ne suffit pas pour démontrer l'existence d'une discordance. Pour conclure qu'une telle asymétrie ne cadre pas avec la *Charte*, il faut démontrer qu'elle franchit la limite de ce que permet l'égalité linguistique.

Et voilà justement la difficulté principale : cette limite demeure pour l'instant inconnue, vu que le concept d'égalité linguistique a été relative-

¹⁷¹ Jean-Pierre Proulx, « Les normes périjuridiques dans l'idéologie québécoise et canadienne en matière de langue d'enseignement » (1988) 19:1 RGD 209 à la p 221. Voir aussi Bastarache, *supra* note 17 à la p 124.

¹⁷² Voir par ex Brouillet, « Difficile conciliation », *supra* note 26 aux pp 365–66; Benoît Pelletier, « Les rapports de force entre les majorités et les minorités de langue officielle au Canada » (1994) 24:2 RDUS 255 aux pp 276, 282; Brun, *Les institutions démocratiques*, *supra* note 29 à la p 140.

¹⁷³ Par exemple, certains se sont interrogés sur la constitutionnalité d'une version hypothétique de la Loi 101 qui aurait pour effet de consacrer la « suprématie » (« *supremacy* ») de la langue française par rapport à tout droit individuel ou collectif dans la province (voir Michael N Bergman et Katarina Daniels, « The Constitution and The English Language in Quebec: Education; The Primacy of the French Language; Collective Rights » (13 avril 2015) aux pp 33–40, en ligne (pdf) : *Quebec Community Groups Network* <qegn.ca> [perma.cc/2H23-NL2D]). Les auteurs ne définissent pas la notion de « suprématie » de façon précise, mais ils semblent avoir à l'esprit, entre autres, l'idée d'une loi qui nierait de façon systématique tout droit d'utiliser une langue autre que le français. Une telle mesure serait probablement incompatible avec le principe d'égalité linguistique reconnu par la *Charte*. Il est fort douteux qu'une approche aussi extrême puisse être justifiée en se fondant sur le besoin de contrecarrer ou de compenser les inégalités sociologiques entre l'anglais et le français. De plus, si une telle mesure avait pour but de réduire autant que possible, voire d'éliminer complètement, la présence de l'anglais comme une fin en soi — c'est-à-dire qu'elle visait carrément l'assimilation des anglophones — elle serait intrinsèquement irréconciliable avec l'égalité linguistique au sens de la *Charte*.

ment peu étudié, tant par la jurisprudence que par la doctrine¹⁷⁴. Nous ne pouvons analyser la question en détail, faute d'espace. Mais il importe de souligner qu'il faudra d'abord clarifier le rapport entre trois éléments de base : (1) le principe d'égalité linguistique, (2) la structure fédérale du pays, et (3) la composition démographique de chaque province. Le principe d'égalité linguistique, étant un principe d'égalité réelle, décrit un idéal qui varie forcément d'une province à l'autre. Se pose donc la question de savoir jusqu'où s'étend le rôle de la dynamique linguistique provinciale dans la construction de cet idéal. Toutes les provinces, avec l'exception possible du Nouveau-Brunswick, ont une seule langue commune. Le Québec se distingue certes des provinces anglophones en ce qu'il agit plus explicitement dans le but d'aménager sa dynamique linguistique, mais les provinces anglophones poursuivent des politiques semblables, sans toutefois le proclamer ouvertement¹⁷⁵. De façon générale, leurs systèmes scolaire et universitaire fonctionnent exclusivement en anglais (à l'exception des écoles relevant de l'article 23 de la *Charte* et de certains établissements universitaires francophones), et elles ne confèrent aucun droit de travailler dans une langue autre que l'anglais, ce qui permet aux employeurs d'exiger l'emploi de l'anglais au travail, et ce, tant dans le secteur public que dans le secteur privé¹⁷⁶. Les provinces anglophones adhèrent donc à une politique implicite de promotion de l'anglais comme langue commune, même si certaines d'entre elles, notamment l'Ontario et le Manitoba, reconnaissent un statut officiel limité au français¹⁷⁷. Si l'on suppose, comme le font sans doute la majorité des anglophones, que l'objet de la *Charte* n'était pas de remettre en question la légitimité d'une telle politique¹⁷⁸, il semblerait en découler certaines consé-

¹⁷⁴ Pour une analyse plus détaillée de la question, voir Labelle Eastaugh, « Linguistic Equality », *supra* note 5 aux pp 463–65.

¹⁷⁵ Voir Ramsay Cook, « Language Policy and the Glossophagic State : 'Scappa, che arriva la patria' » dans David Schneiderman, dir, *Langue et État : droit, politique et identité*, Cowansville (QC), Yvon Blais, 1991, 73 à la p 81.

¹⁷⁶ Selon le Tribunal des droits de la personne de l'Ontario, par exemple, la plupart des employeurs ontariens exigent que leurs employés aient une connaissance suffisante de l'anglais et cela ne contrevient pas au *Code des droits de la personne* (LRO 1990, c H.19) pourvu que l'exigence ne constitue pas une forme de discrimination fondée sur l'origine ethnique ou raciale (voir *Arnold v Stream Global Services*, 2010 HRTO 424 aux para 19–20; *Liu v Everlink Services Inc*, 2014 HRTO 202 au para 88).

¹⁷⁷ Une seule province, le Nouveau-Brunswick, s'est dotée d'un cadre constitutionnel qui met pleinement les deux langues sur un même pied d'égalité; malgré cela, l'État provincial fait très peu pour influencer la dynamique linguistique dans le secteur privé, ce qui a pour effet d'avantager implicitement l'anglais.

¹⁷⁸ Voir notamment *Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique c Colombie-Britannique*, 2013 CSC 42 (où la Cour suprême a statué que les tribunaux de la Colombie-Britannique pouvaient valablement exiger que le conseil scolaire francophone

quences pour l'idéal désigné par le principe d'égalité linguistique consacré par la *Charte*¹⁷⁹. L'idéal en cause ne serait pas que le français et l'anglais fonctionnent tous les deux en tant que langue commune à travers le pays, mais plutôt que certains intérêts précis soient protégés, sans qu'il ne soit considéré comme illégitime qu'une langue prédomine au sein d'une province. Ce serait donc en fonction des intérêts protégés qu'il faudrait évaluer la compatibilité d'une disposition de la CLF avec le paragraphe 16(3) de la *Charte*.

Comme nous l'avons déjà souligné ailleurs¹⁸⁰, définir les intérêts en question de façon suffisamment précise présente tout un défi en raison de la « texture ouverte »¹⁸¹ des dispositions constitutionnelles en cause et du peu de jurisprudence pertinente. La notion d'égalité linguistique soulève également des questions théoriques et philosophiques complexes, notamment en ce qui concerne son rapport avec les autres formes d'égalité qui sont protégées ou revendiquées en droit canadien¹⁸². Si, comme nous avons tenté de le démontrer, la CLF est compatible, dans ses grandes lignes, avec l'égalité linguistique au sens de la *Charte canadienne*, et qu'il y a donc lieu d'écarter l'« hypothèse de l'incompatibilité structurelle » (HIS), il ne s'ensuit pas que la question est réglée de façon exhaustive. Le fait qu'il soit possible en principe de justifier la prise d'une mesure asymétrique afin d'atteindre l'égalité linguistique n'implique pas que les mesures adoptées dans les faits répondent à une telle exigence. L'adoption de la première mouture de la CLF en 1976 a été précédée par de nombreuses études sociolinguistiques — notamment deux grandes commissions d'enquête (une fédérale, l'autre provinciale) — ayant permis de poser un diagnostic clair sur les difficultés de la langue française au Canada. Cet exercice a permis de formuler des solutions qui ciblaient les causes directes d'un problème bien défini et bien compris et qui, selon une lecture vraisemblable, tentaient de respecter autant que possible les intérêts légitimes des anglophones. Il serait plus difficile de justifier des mesures qui ne reposent pas sur une « théorie de la cause » sociolinguistique bien arrêtée et convenablement étoffée sur le plan scientifique, et qui ne seraient pas le fruit d'une réflexion judicieuse sur le point d'équilibre entre les intérêts des communautés linguistiques en cause. Par exemple, le seul fait qu'il y ait eu une légère modification dans le poids relatif de

traduise toute sa documentation vers l'anglais afin de pouvoir ester en justice, et ce, même s'il exerce un pouvoir de gestion découlant de l'article 23 de la *Charte*).

¹⁷⁹ Une étude commandée par le Commissariat aux langues officielles en est arrivée à une conclusion semblable (voir *Rapport Goreham*, *supra* note 56 à la p 66).

¹⁸⁰ Voir Labelle Eastaugh, « Linguistic Equality », *supra* note 5.

¹⁸¹ Voir Hart, *supra* note 163 aux pp 120–31.

¹⁸² Voir Labelle Eastaugh, « Linguistic Equality », *supra* note 5 aux pp 495–99.

l'anglais et du français, comme l'indiquent les données du dernier recensement¹⁸³, ne permet pas à lui seul de justifier l'imposition de nouvelles mesures juridiques visant à restreindre l'utilisation de l'anglais. Il se peut au contraire que les dynamiques en question soient plus susceptibles d'être modifiées par l'entremise d'interventions visant à faciliter l'intégration des immigrants à la communauté francophone¹⁸⁴. La possibilité d'ouvrir la porte à la tenue d'un débat judiciaire sur de telles questions constitue un avantage important de l'hypothèse défendue dans le présent article. Un débat sur la compatibilité des divers aspects de la CLF avec l'égalité linguistique au sens de la *Charte canadienne* permettrait, d'une part, d'imposer une certaine discipline empirique et conceptuelle aux efforts du législateur (qui prétend agir dans le respect des valeurs universelles, notamment l'égalité), et, d'autre part, d'enrichir considérablement la jurisprudence relative à l'égalité linguistique et de faire ainsi progresser le droit. À tout événement, une analyse plus détaillée de cette question devra se faire dans une étude subséquente.

¹⁸³ Voir « Série "Perspective géographique", Recensement de la population de 2021 » (dernière modification le 16 décembre 2022), en ligne : *Statistique Canada* <www12.statcan.gc.ca> [perma.cc/NE6S-P64R].

¹⁸⁴ Voir généralement Michel Pagé avec la collaboration de Patricia Lamarre, « L'intégration linguistique des immigrants au Québec » (16 février 2010), en ligne : *Institut de recherche en politiques publiques* <irpp.org/> [perma.cc/AE89-V874].

PROFESSIONAL CARDS

CARTES PROFESSIONNELLES

PROFESSIONAL CARDS — CARTES PROFESSIONNELLES

