

L'ÉLARGISSEMENT DU CONCEPT D'OBLIGATION FIDUCIAIRE AU PROFIT DES COMMUNAUTÉS DE LANGUE FRANÇAISE EN SITUATION MINORITAIRE DANS LEURS RELATIONS AVEC L'ÉTAT

François Larocque,^{*}
Mark Power^{**} et
Maxine Vincelette^{***}

INTRODUCTION

La Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Alberta c Elder Advocates of Alberta Society*¹, a qualifié le concept d'obligation fiduciaire de notion issue du droit des fiducies et donc du droit privé. Or, en equity, le droit des fiducies a pour objectif de protéger une partie contre l'usage abusif de la discrétion d'une autre partie dans certains types de relations². Notamment, l'obligation fiduciaire « exige qu'une partie, le fiduciaire, fasse preuve de loyauté absolue envers une autre partie, le bénéficiaire [...], dans la gestion des affaires de ce dernier »³.

Dans un article de 2003, le professeur Lorne Sossin soutient que l'État a une obligation fiduciaire envers certaines collectivités et catégories d'individus de la société canadienne⁴. Il expose les fondements de la relation fiduciaire et du rapport conceptuel entre l'obligation fiduciaire, les fiducies politiques et le devoir d'agir raisonnablement. Selon le professeur Sossin, la notion de relation fiduciaire pourrait

^{*} Vice-doyen et professeur agrégé au Programme de common law en français de la Section de common law à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

^{**} Professeur adjoint au Programme de common law en français de la Section de common law à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa.

^{***} Étudiante de troisième année au Programme de common law en français de la Section de common law à la Faculté de droit de l'Université d'Ottawa. Les auteurs souhaitent remercier Me Kevin Shaar et Joseph Morin.

¹ 2011 CSC 24, [2011] 2 RCS 261 [*Alberta c Elder*].

² *Galambos c Perez*, 2009 CSC 48 au para 67, [2009] 3 RCS 247 [*Galambos*].

³ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 22.

⁴ Lorne Sossin, « Public Fiduciary Obligations, Political Trusts, and the Equitable Duty of Reasonableness in Administrative Law » (2003) 66 Sask L Rev 129 aux pp 138-146 [Sossin].

se prêter à d'autres contextes relationnels qui dépassent celui des Autochtones⁵ et des anciens combattants⁶, deux catégories de la société canadienne envers lesquelles l'État a une obligation fiduciaire selon la Cour suprême du Canada.

La relation entre l'État et les communautés francophones hors Québec soulève de nombreuses questions similaires à celles posées par la Cour suprême du Canada à l'égard des Autochtones et des anciens combattants. Un gouvernement devrait-il pouvoir dépenser les sommes reçues d'un tiers à des fins autres que celles prévues par contrat avec impunité ? Existe-t-il des limites au pouvoir discrétionnaire de l'État de prendre une décision ayant de très lourdes conséquences pour une minorité nationale⁷ sans consulter les groupes intéressés ? La Couronne peut-elle renoncer unilatéralement de respecter les promesses solennelles qu'elle a faites par le truchement d'une proclamation royale émise sous le grand sceau ?

Dans cet article, il est soutenu qu'il serait loisible aux tribunaux de reconnaître que l'État a une obligation fiduciaire envers les communautés de langue française en situation minoritaire. Cette conclusion est justifiée par l'histoire des relations entre l'État et les communautés francophones hors Québec, et ce, au moins depuis 1867. Cette obligation ainsi qualifiée offrirait à la minorité linguistique une protection contre certains abus du pouvoir discrétionnaire de l'État, des mesures de redressement dans les cas où l'État excède ses pouvoirs et un degré de certitude quant à la sécurité des droits acquis.

Dans un premier temps, cet article présente la notion d'obligation fiduciaire et son origine en recensant les grandes lignes de la jurisprudence pertinente. Dans un deuxième temps, cet article analyse la relation entre l'État et les communautés francophones en situation minoritaire qui peut être caractérisée de relation *sui generis* au regard de ses particularités historiques, juridiques et politiques⁸.

⁵ *Guérin c La Reine*, [1984] 2 RCS 335 à la p 384, 13 DLR (4^e) 321 [*Guérin*].

⁶ *Authorson (tuteur à l'instance) v Canada (PG)* (2002), 58 RJO (3^e) 417, 215 DLR (4^e) 496 (CA Ont) [*Authorson, CA*].

⁷ Il n'existe pas de définition admise universellement du concept de « minorité nationale » en raison de l'existence de grandes disparités dans les situations de chaque minorité. Cependant, Jules Deschênes, ancien juge en chef de la Cour supérieure du Québec, a tenté de définir ce terme après avoir étudié le concept au niveau international, dans d'autres pays du monde et au Canada. Selon lui, une minorité est « un groupe de citoyens d'un État, en minorité numérique et en position non dominante dans cet État, dotés de caractéristiques ethniques, religieuses ou linguistiques différentes de celles de la majorité de la population, solidaires les uns des autres, animés, fût-ce implicitement, d'une volonté collective de survie et visant à l'égalité en fait en en droit avec la majorité » (Jules Deschênes, « Qu'est-ce qu'une minorité » (1986) 27 : 1 Cahiers de droit 255 à la p 291).

⁸ *Guérin*, *supra* note 5 à la p 387.

Cet exercice est entrepris en analysant deux études de cas spécifiques afin de mieux comprendre les critères permettant d'établir l'existence d'une relation fiduciaire entre l'État et les communautés francophones en situation minoritaire. D'abord, cet article expose le débat juridique et doctrinal dans l'affaire *R c Caron* portant sur la force normative de la *Proclamation royale du 6 décembre 1869*⁹, émise par Son Excellence John Young, Gouverneur général du Canada, au nom de Sa Majesté la Reine de l'Empire britannique, Victoria¹⁰. Ensuite, cet article pose un regard critique sur la demande de la Fédération des communautés francophones et acadienne contre le gouvernement canadien dans la foulée de sa décision d'éliminer le Programme de contestation judiciaire du Canada en 2006¹¹. Les faits qui fondent ces deux instances suggèrent qu'il est possible et même souhaitable de qualifier de fiduciaire la relation entre l'État et ces communautés en situation minoritaire. C'est d'ailleurs la conclusion de la Cour suprême du Yukon dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon no 23 c Procureure générale du Territoire du Yukon*¹². Dans cette affaire, le gouvernement du Yukon avait détourné des millions de dollars de fonds en provenance du gouvernement du Canada qui étaient destinés à l'enseignement dans la langue de la minorité¹³. Sans consulter la Commission scolaire francophone du Yukon (« CSFY »), le gouvernement du Yukon a réaffecté ces fonds à l'enseignement de la langue française dans les écoles de la majorité. En agissant ainsi, le gouvernement du Yukon aurait manqué à son obligation fiduciaire envers la communauté francophone du Yukon qui est dans une situation de vulnérabilité et de dépendance à l'égard du gouvernement.

Ce texte tente de combler un vide dans la doctrine puisqu'il apparaît que seulement deux auteurs ont étudié la reconnaissance possible d'une relation fiduciaire entre l'État et les communautés de langue française en situation minoritaire¹⁴. D'ailleurs, certains développements récents justifient une étude en

⁹ *Proclamation royale du 6 décembre 1869*, (1870) 5 documents de la session, n°12 aux pp 45-46.

¹⁰ *R c Caron*, 2008 ABPC 232, 450 AR 204 [*Caron, Cour provinciale*] inf par *R c Caron*, 2009 ABQB 745 (disponible sur CanLII) ; *R c Caron*, 2010 ABCA 343 (CanLII) autorisation de pourvoi à la CA accordée (15 novembre 2010).

¹¹ *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c La Reine*, no de dossier de la Cour fédérale T-622-07 [*FCFA c R*] ; voir généralement Michel Doucet, « La décision judiciaire qui ne sera jamais rendue : l'abolition du programme judiciaire du Canada et la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* » (2008) 10 RCLF 27 [*La décision qui ne sera jamais rendue*].

¹² *District n° 23 du Yukon c Yukon (PG)*, 2011 YKSC 57 [*CSFY c GY*] ; *District n° 23 du Yukon c Yukon (PG)*, 2011 YKSC 1 (disponible sur QL) [*Commission scolaire c Yukon*].

¹³ Mark Power et al, « Le soutien financier accordé par le ministère du Patrimoine canadien pour l'enseignement dans la langue de la minorité : constats et propositions de réforme » RCLF [à paraître en 2012] [*Soutien financier par le ministre du Patrimoine canadien*].

¹⁴ Mylène Thériault, « L'obligation fiduciaire du gouvernement fédéral et l'article 23 de la *Charte canadienne* » (2006) 8 RCLF 233 ; Michel Doucet, *Mémoire présenté au Groupe de travail sur les programmes et services en français de l'Université d'Ottawa qui a rendu le rapport suivant au Sénat de l'Université : Groupe de travail sur les programmes et services en français de l'Université d'Ottawa, La*

profondeur de cette relation¹⁵. De surcroît, comme l'a affirmé le très honorable Brian Dickson dans l'affaire *Guérin c la Reine*, « il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives »¹⁶. Ainsi, le droit des relations fiduciaires est toujours en pleine évolution au Canada, et ses paramètres demeurent nébuleux. L'absence de doctrine portant généralement sur l'obligation fiduciaire et sur l'existence d'une telle obligation entre l'État et les communautés de langue française en situation minoritaire mérite d'être comblée. Dans les circonstances, cet article ne peut évidemment pas étudier la problématique évoquée de façon exhaustive. Cet article a plutôt l'objectif modeste de suggérer, à l'aide d'exemples concrets, que les tribunaux judiciaires peuvent reconnaître l'existence d'une relation fiduciaire entre l'État et les communautés de langue française en situation minoritaire. Pour ce faire, cet article présente et analyse un cadre conceptuel permettant de comprendre cette relation fiduciaire passée sous silence jusqu'à maintenant et qui serait susceptible d'éventuellement alimenter les délibérations judiciaires à ce sujet.

La reconnaissance d'une obligation fiduciaire de l'État envers les communautés francophones hors Québec constituerait selon nous une extension logique de la jurisprudence pertinente et des normes législatives applicables en matière de droits linguistiques. Entre autres, la partie VII de la *Loi sur les langues officielles*¹⁷ et le principe constitutionnel de la protection des minorités¹⁸ contraignent déjà l'État à agir dans le meilleur intérêt de la minorité de langue officielle, et plus spécifiquement, d'internaliser les intérêts des communautés minoritaires francophones avant de poser un geste qui pourrait leur nuire. Cependant, les circonstances dans lesquelles ces devoirs devraient faire échec à une décision de l'État ou fonder une décision des tribunaux en faveur des communautés de langue officielle n'ont pas été définies. De plus, les mesures de redressement qui découlent d'une atteinte à l'un de ces devoirs demeurent incertaines¹⁹. La reconnaissance d'une

place du français à l'Université d'Ottawa : Recommandations pour le développement des programmes et services pur 2007-2012, Volume 1, août 2007 [Michel Doucet, Université d'Ottawa].

¹⁵ Voir par ex *Alberta c Elder*, *supra* note 1 ; *Authorson c Canada (PG)*, 2003 CSC 39, 2 RCS 40 [*Authorson, CSC*] ; *CSFY c GY*, *supra* note 12.

¹⁶ *Guérin*, *supra* note 5 à la p 384.

¹⁷ LRC 1985, c 31 (4^e supp) [LLO].

¹⁸ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217 au para 90, 161 DLR (4^e) 385. Ce principe non écrit a permis, dans l'affaire *Lalonde c Ontario (Commission de restructuration des services de santé)*, (2001) 56 RJO (3^e) 577, 208 DLR (4^e) 577 (CA Ont) [*Lalonde*], d'annuler la décision de la Commission de restructuration des services de santé de l'Ontario de transformer l'Hôpital Montfort en clinique de jour.

¹⁹ Avant 2005, on doutait de la justiciabilité de cette partie qui était reconnue comme un engagement politique plutôt qu'un recours (*Canada (Agence de l'inspection des aliments) c Forum des maires de la péninsule acadienne*, 2004 CAF 263, 243 DLR (4^e) 542). Depuis 2005, la partie VII est justiciable des tribunaux (LLO, *supra* note 20, art 77(1)). Malgré cela, il existe encore un sérieux doute quant à la portée (*Picard c Canada (Office de la propriété intellectuelle)*, 2010 CF 86 (disponible sur CanLI) [*Picard*] *contra* *Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada c Canada (PG)*,

relation fiduciaire entre l'État et les communautés d'expression française en situation minoritaire pourrait donc contribuer à justifier et à expliquer les recours judiciaires.

Étant donné la visée précise de cet article, la situation juridique des communautés de langue anglaise du Québec ne sera pas abordée. La relation fiduciaire *sui generis* entre l'État et les communautés francophones hors Québec existe vraisemblablement à l'égard des communautés anglophones minoritaires au Québec, mais une telle conclusion mérite une analyse distincte qui tient compte des circonstances particulières de ces communautés. De plus, les défis²⁰ et l'histoire²¹ des communautés minoritaires de langue anglaise du Québec sont trop différents de ceux des communautés francophones hors Québec pour permettre des analogies directes dans les pages suivantes. L'objectif de cet article est donc de constater et d'expliquer la relation fiduciaire entre l'État et les communautés de langue française en situation minoritaire.

Partie I – La protection d'une partie contre l'usage abusif de la discrétion de l'État

De manière pratique, l'obligation fiduciaire est plaidée afin d'ouvrir la voie à des réparations en equity. Ce type de réparation relève des pouvoirs discrétionnaires des cours supérieures et offre plus de possibilité au demandeur que la réparation en common law. Effectivement, la Cour suprême du Canada a reconnu, qu'advenant un manquement à une obligation en equity, l'État doit replacer le demandeur dans la situation qu'il occuperait n'eût été le manquement²². Le tribunal peut ordonner la restitution *in specie*²³ ou, si cela est impossible, une compensation équitable²⁴. La compensation en equity est avantageuse, car la discrétion du tribunal peut entraîner une compensation plus généreuse que celle qui serait normalement prévue en common law²⁵ sans qu'il soit fait abstraction de certaines « contingences

2010 CF 999 (disponible sur CanLII) [*Affaire du recensement*] ; *Charlebois c Mowat et Moncton (ville de)*, 2001 NBCA 117, 242 RNB (2^e) 259.

²⁰ Richard Y Bourhis, dir, *The Vitality of the English-Speaking Communities of Quebec: From Community Decline to Revival*, 2008, Montréal, CEETUM, Université de Montréal.

²¹ Leslie Laczko, « English Canadian and Québécois nationalism : an empirical analysis » (1978) 15 : 2 *Revue canadienne de sociologie* 206.

²² *Hodgkinson c Simms*, [1994] 3 RCS 377 à la p 440, 117 DLR (4^e) 161 [*Hodgkinson*].

²³ *Ibid* aux pp 452-453.

²⁴ *M (K) c M (H)*, [1992] 3 RCS 6 aux pp 59, 80-81, 96 DLR (4^e) 289 [*M (K) c M (H)*].

²⁵ *Cadbury Schweppes Inc c FBI Foods*, [1999] 1 RCS 142 au para 50, 167 DLR (4^e) 577. Par exemple, la réparation accordée à la Bande Musqueam dans l'affaire *Guérin* a été établie en reflétant le boom immobilier non anticipé à Vancouver.

réalistes »²⁶. De plus, l'obtention d'une réparation quelconque en equity n'empêche pas le demandeur d'obtenir des dommages-intérêts punitifs qui ont pour objectif de souligner un comportement outrageux de la part de l'État, une indemnisation similaire aux dommages-intérêts punitifs en common law²⁷.

Un autre avantage du recours en equity par rapport à la réparation en common law est sa flexibilité. Les manquements à l'obligation fiduciaire peuvent prendre plusieurs formes, tout comme sa réparation²⁸. Outre la restitution et la compensation, il est possible d'obtenir, sans que cette liste ne soit exhaustive²⁹, un jugement déclaratoire³⁰, une injonction, une fiducie par interprétation³¹, un envoi en possession³², une rectification³³, l'abrogation d'un document écrit, l'exécution en nature ou une reddition de compte³⁴. Finalement, contrairement à la réparation en common law, la réparation en equity ne comprend pas une obligation concomitante du demandeur de mitiger ses propres dommages³⁵.

Le concept d'obligation fiduciaire est généralement réservé au droit privé. Il arrive toutefois que les tribunaux reconnaissent que l'État est le fiduciaire de certaines catégories d'individus ou de communautés. L'obligation fiduciaire dans le cadre du droit public a été revue et précisée par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alberta c Elder Advocates of Alberta Society*³⁶. Selon la juge en chef McLachlin, il sera rare que l'État, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, manquera à une obligation fiduciaire du seul fait que ce pouvoir affecte un particulier. Bien que le juge en chef Dickson signalait dans l'affaire *Guérin* que les

²⁶ *Whitefish Lake Band of Indians v Canada (PG)*, (2007) 87 RJO (3^e) 321 aux para 103, 110, 287 DLR (4e) 480 (CA) (où la Cour fait mention de « [r]ealistic contingencies »).

²⁷ *M (K) c M (H)*, *supra* note 24 à la p 82.

²⁸ *Hodgkinson*, *supra* note 22 à la p 453.

²⁹ Voir par ex *Chippewas of Sarnia Band v Canada (PG)*, (2000) 51 RJO (3^e) 641 au para 282, 195 DLR (4^e) 135 (CA) [*Chippewas*] (où la Cour écrit « It is possible [...] that a Court could order the Crown to make best efforts to negotiate resolution of an aboriginal party's claim »).

³⁰ *Ibid* au para 279.

³¹ *Semiahmoo Indian Band v Canada*, (1998) 1 FC 3 aux para 89-109, 215 NR 241 [*Semiahmoo*].

³² *Chippewas*, *supra* note 29 au para 281.

³³ *Wasauksing First Nation v Wasausink Lands Inc.*, [2004] 184 OAC 84 aux para 76-81, 43 BLR (3^e) 244

³⁴ *Semiahmoo*, *supra* note 33 aux para 89, 116.

³⁵ En common law, un demandeur ne pourra pas réclamer une compensation pour une perte pécuniaire s'il est démontré qu'une telle perte aurait raisonnablement pu être évitée. Voir par exemple *Janiak c Ippolito*, [1985] 1 RCS 146, 16 DLR (4^e) 1.

³⁶ *Alberta c Elder*, *supra* note 1.

catégories de relations fiduciaires demeurent ouvertes³⁷, il n'en demeure pas moins que cela « ne justifie pas que l'on autorise l'instruction des demandes vouées à l'échec »³⁸. Par conséquent, il est important d'analyser les circonstances propres à la relation entre l'État et l'individu et le cadre législatif applicable afin de reconnaître une telle obligation³⁹.

C'est dans l'affaire *Guérin* que la Cour suprême du Canada reconnaît la première fois l'obligation fiduciaire de l'État envers une communauté vulnérable. Bien que dans cette affaire, l'obligation fiduciaire découlait de la relation entre l'État et les Autochtones, les litiges qui ont suivi ont étendu l'application de ce concept juridique. Après un bref survol de l'affaire *Guérin*, il sied d'analyser la jurisprudence canadienne qui étend l'application de l'obligation fiduciaire à d'autres catégories de la population canadienne et qui établit des critères pour la reconnaissance de cette obligation.

A) L'affaire *Guérin c la Reine*

La notion que l'État est assujéti à une obligation fiduciaire envers certaines communautés bien définies au sein de la société canadienne provient de l'affaire *R c Great Western Railway*, de 1862, dans laquelle la Cour du banc de la Reine du Haut-Canada reconnaît que l'État détient les terres cédées par les Autochtones en fiducie et que l'État, en tant qu'agent des Autochtones, doit agir « to the best advantage for the benefit of the Indians »⁴⁰. Les tribunaux ne reconnaissent toutefois pas d'obligation fiduciaire de l'État envers les Autochtones⁴¹. En 1949, la Cour suprême du Canada reconnaît derechef que les terres administrées par l'État au nom des Autochtones sont détenues en fiducie et qu'une violation de cette fiducie est justiciable⁴². Ces premières reconnaissances judiciaires de l'obligation fiduciaire de l'État au profit des Autochtones étaient plutôt générales. Il faudra attendre l'affaire *Guérin* pour que la Cour suprême du Canada identifie et définisse pour la première fois, de manière non équivoque, l'obligation fiduciaire de l'État envers les Autochtones⁴³. L'affaire *Guérin*⁴⁴ représente un élargissement de la responsabilité en

³⁷ *Guérin*, supra note 5 à la p 384.

³⁸ *Alberta c Elder*, supra note 1 au para 54.

³⁹ *Ibid* au para 45.

⁴⁰ *R v Great Western Railway Co*, 21 UCR 555 à la p 575, [1862] OJ no 84 (UCCQB).

⁴¹ J Timothy S McCabe, *The Honour of the Crown and its Fiduciary Duties to Aboriginal Peoples*, Markham (Ontario), Lexis Nexis, 2008 à la p 7 [*Honour of the Crown*].

⁴² *Miller v Canada* (1949), [1950] RCS 168 aux pp 177-180 (disponible sur CanII).

⁴³ *Honour of the Crown*, supra note 41 aux pp 23-24.

⁴⁴ Voir généralement John Hurley, « The Crown's Fiduciary Duty and Indian Title: *Guérin v. The Queen* » (1984-1985) 30 McGill L J 559 ; Leonard I Rotman, « Crown-Native Relations as Fiduciary :

equity de l'État de gérer les terres qui lui sont cédées par les Autochtones dans le respect de leurs meilleurs intérêts.

L'affaire *Guérin* portait sur la cession de terres à l'État par la Bande Musqueam⁴⁵ afin qu'elles soient louées à un club de golf de Vancouver. Dans les années 1950, la Bande accepte de louer une partie de ses terres, sous la recommandation des représentants du ministère des Affaires indiennes, et de procéder à une évaluation foncière des terres en question. La Bande ne reçoit jamais le rapport d'évaluation foncière⁴⁶. Une offre du club de golf pour louer les terres en question est communiquée à la Bande. Seules les grandes lignes de l'offre sont divulguées à la Bande et c'est sur la base de ces informations vagues que le ministère des Affaires indiennes recommande que l'offre soit acceptée⁴⁷.

La Bande vote pour la cession des terres en question sans faire mention du projet de location au club de golf dans l'acte de cession. Il appert de la preuve que la Bande n'a pas été consultée suite à l'acte de cession⁴⁸. Selon la preuve, les conditions du bail conclu entre l'État et le club de golf ne ressemblaient pas à ce qui avait été discuté et approuvé par la Bande lors de l'assemblée de cession. Selon le juge de première instance, « si la bande avait connu les conditions réelles du bail, elle n'aurait jamais cédé ses terres »⁴⁹.

En raison du manquement par l'État à son obligation fiduciaire, la division de première instance de la Cour fédérale accorde dix millions de dollars en dommages-intérêts à la Bande Musqueam⁵⁰. La Cour suprême du Canada autorise l'appel et saisit du coup l'occasion de se prononcer, pour la première fois, sur l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État dans sa relation avec les Autochtones⁵¹.

Reflections Almost Twenty Years After *Guérin* » (2003) 22 Windsor YB Access Just 363 [Rotman] ; *Honour of the Crown*, *supra* note 41.

⁴⁵ Les membres de la Bande Musqueam « sont les descendants des premiers occupants du Vancouver métropolitain ». En 1955, au moment du litige, « la bande comptait 235 membres qui vivaient sur une réserve située dans les limites de la ville de Vancouver et ayant une superficie d'environ 416,53 acres de terre de très grande valeur » (*Guérin*, *supra* note 8 aux pp 339-340).

⁴⁶ *Ibid* à la p 343.

⁴⁷ *Ibid* aux pp 343-344.

⁴⁸ *Ibid* à la p 346.

⁴⁹ *Ibid* à la p 348.

⁵⁰ *Musqueam Indian Band c Canada*, [1982] 2 CF 445 (Div 1re instance) (disponible sur QL).

⁵¹ Le *National Indian Brotherhood* était représenté devant la Cour suprême du Canada en tant qu'intervenant.

Au nom de la majorité, le juge en chef Dickson⁵² entérine la conception du rapport fiduciaire formulé par le professeur Ernest Weinrib⁵³. Selon ce dernier, il s'agit d'une situation juridique où l'une des parties « se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre ». Ainsi, selon la Cour,

lorsqu'une loi, un contrat ou peut-être un engagement unilatéral impose à une partie l'obligation d'agir au profit d'une autre partie et que cette obligation est assortie d'un pouvoir discrétionnaire, la partie investie de ce pouvoir devient un fiduciaire. L'equity vient alors exercer un contrôle sur ce rapport en imposant à la personne en question l'obligation de satisfaire aux normes strictes de conduite auxquelles le fiduciaire est tenu de se conformer⁵⁴.

Le concept d'obligation fiduciaire découle de l'histoire particulière des relations entre les Autochtones et l'État, relations que la Cour qualifie de « sui generis ». C'est le caractère *sui generis* de cette relation qui justifie l'importation d'un concept issu du droit privé dans un contexte normalement régi par le droit public. En effet, le droit des Autochtones à l'égard de leurs terres ancestrales existe, sur le plan juridique, de manière indépendante⁵⁵. Il ne s'agit ni d'une fiducie explicite⁵⁶ ni d'une fiducie implicite⁵⁷, quoique l'obligation fiduciaire soit soumise à des principes très semblables à la fiducie⁵⁸ puisqu'« elle tient [...] de la nature d'une obligation de droit privé »⁵⁹. Dans le contexte de cette relation *sui generis*, il sera parfois possible de considérer l'État comme le fiduciaire des Autochtones⁶⁰. La reconnaissance d'une obligation fiduciaire dépend donc « de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur »⁶¹. En l'occurrence, selon la Cour suprême du Canada, l'obligation impose à l'État de détenir les terres cédées par

⁵² La Cour était unanime quant au résultat, mais l'honorable juge Wilson et l'honorable juge Estey ont donné des motifs concordants.

⁵³ Ernest Weinrib, « The Fiduciary Obligation » (1975) 25 UTLJ 1 à la p 7.

⁵⁴ Guérin, *supra* note 5 à la p 384.

⁵⁵ *Ibid* aux pp 378-379.

⁵⁶ Fiducie créée intentionnellement par un acte de fiducie : Voir généralement, Aline Grenon, *Les fiducies*, Moncton, Yvon Blais, 1997 [Blais].

⁵⁷ Fiducie créée par un tribunal d'equity lorsque le titre de la propriété est au nom d'une personne, mais que le droit de jouir de la propriété devrait être détenu par l'autre personne. Voir généralement Aline Grenon, *Les fiducies*, *supra* note 56 ; Guérin, *supra* note 5 à la p 386.

⁵⁸ Guérin, *supra* note 5 à la p 387.

⁵⁹ *Ibid* à la p 385.

⁶⁰ *Ibid*.

⁶¹ *Ibid* à la p 384.

la communauté au profit de celle-ci. Le pouvoir discrétionnaire de l'État est donc limité⁶². L'obligation fiduciaire exige également que l'État soit complètement loyal envers une communauté en situation de vulnérabilité⁶³. Advenant un manquement à l'obligation fiduciaire, l'État devra compenser toute perte subie⁶⁴.

Dans l'affaire *Guérin*, le juge en chef Dickson estime que le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*⁶⁵ confère à l'État un large pouvoir discrétionnaire de décision par rapport à l'utilisation des terres de la Bande.

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande. [Nous soulignons]

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band. [Emphasis added]

L'État est le fiduciaire des Autochtones puisque la *Loi sur les Indiens* prévoit que l'État détient les terres à l'usage de ceux-ci et la *Loi* l'investit d'un vaste pouvoir discrétionnaire à l'égard desdites terres. Ce pouvoir permet à l'État de prendre des décisions potentiellement néfastes aux intérêts des Autochtones⁶⁶. Ainsi, en signant un bail qui incluait des conditions n'ayant jamais été présentées à la

⁶² *Ibid* à la p 386.

⁶³ *Ibid* à la p 388.

⁶⁴ *Ibid* à la p 389.

⁶⁵ LRC 1985, c I-5 [*Loi sur les Indiens*].

⁶⁶ *Guérin*, *supra* note 5 à la p 355 (« Il me semble que l'art. 18 n'empêche pas de conclure que Sa Majesté est devenue fiduciaire à part entière par suite de la cession. La cession l'emporte sur l'obligation imposée par l'art. 18, mais, en l'espèce, il n'y a pas d'incompatibilité entre elles. Plus exactement, l'obligation de fiduciaire qui existait généralement en vertu de l'article de détenir les terres d'une réserve pour l'usage et le bénéfice de la bande s'est cristallisée, par suite de la cession, en une fiducie explicite visant des terres précises pour une fin précise »).

Bande avant la cession, l'État a manqué à son obligation fiduciaire envers la Bande et doit réparer la perte subie en raison de ce manquement⁶⁷.

Le concept d'obligation fiduciaire reconnu dans l'affaire *Guérin* découle aussi en partie du principe de l'honneur de la Couronne. Ce principe semble avoir été énoncé pour la première fois par l'honorable juge Gwynne de la Cour suprême du Canada qui, en dissidence dans l'affaire *Re Indian Claims*, affirme :

[qu'] il ne faut pas perdre de vue [...] le fait qu'il a plu aux souverains britanniques, depuis l'acquisition du Canada, d'adopter la règle ou la pratique de conclure des accords avec les nations ou tribus indiennes dans leur province du Canada [...] et, de plus, le fait que les obligations prévues par ces textes qui doivent être remplies par la Couronne ou en son nom ont toujours été considérées comme comportant une fiducie que la Couronne s'engage gracieusement envers les Indiens à exécuter sur sa foi et son honneur, et qui a toujours été fidèlement exécutée en tant qu'obligation de la Couronne issue d'un traité [Nous soulignons]⁶⁸.

L'honneur de la Couronne est l'un des principes qui sous-tend la relation entre les Autochtones et l'État⁶⁹. Cependant, un manquement au principe de l'honneur de la Couronne permet uniquement un recours en révision judiciaire⁷⁰. Au mieux, il sera possible de demander l'annulation de la décision et qu'une nouvelle décision soit rendue avec égards à ce principe. Par ailleurs, le principe de l'honneur de la Couronne n'ouvre pas la voie à des recours en droit privé, contrairement à un manquement à l'obligation fiduciaire.

La conclusion de l'affaire *Guérin* quant à l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État envers les Autochtones a été reprise dans la jurisprudence subséquente de la Cour suprême du Canada⁷¹. Le caractère exécutoire de l'obligation

⁶⁷ *Ibid* à la p 389.

⁶⁸ *Ontario v Canada et Québec*, [1985] 25 RCS 434 aux pp 511-512 tel que cité dans *R c Marshall*, [1999] 3 RCS 456 au para 50, 178 NSR (2^e) 201.

⁶⁹ *Nation Haida c Colombie-Britannique (Ministre des forêts)*, 2004 CSC 73, 245 DLR (4^e) 33 (où selon la Cour suprême du Canada, le principe de l'honneur de la Couronne prévoit une obligation pour l'État de négocier les réclamations de titres avec les Autochtones. De plus, lors des négociations, l'État doit consulter les Autochtones concernés et, si nécessaire, les accommoder avant d'autoriser un acte qui pourrait réduire la valeur ou les ressources de la terre sur laquelle ils réclament un titre. Voir Peter W Hogg, *Constitutional Law of Canada*, feuilles mobiles (consultée le 2 décembre 2011), Toronto, Carswell, 2010, ch 28 à la p 52 [Hogg]).

⁷⁰ *Ibid* au ch 28 aux pp 53-54.

⁷¹ *R c Sparrow*, [1990] 1 RCS 1075, 70 DLR (4^e) 385 ; *Blueberry River Indian Band c Canada (Ministère des affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 RCS 344, 130 DLR (4^e) 193 ; *Bande indienne*

fiduciaire⁷² signifie qu'un manquement qui préjudicie une communauté lui permet d'exiger une réparation quelconque de l'État. De plus, le caractère *sui generis* de l'obligation signifie qu'il existe peut-être des devoirs et des recours qui sont étrangers au concept traditionnel de fiducie en droit privé et qui pourraient être appliqués à l'obligation fiduciaire⁷³. Toutefois, il s'agit toujours d'un concept embryonnaire qui a été peu approfondi dans la jurisprudence et dont on connaît mal les réelles implications⁷⁴. En revanche, le juge Dickson semble avoir ouvert la voie à une application très large de l'obligation fiduciaire⁷⁵.

B) L'obligation fiduciaire depuis l'affaire *Guérin*

Depuis l'affaire *Guérin*, les tribunaux ont souvent été invités à étendre la portée de la notion d'obligation fiduciaire à l'extérieur du droit privé et dans des contextes non autochtones. Bien que la jurisprudence dans le domaine démontre une réticence à reconnaître une obligation fiduciaire liant l'État⁷⁶, elle permet tout de même de mieux cerner les relations susceptibles de faire naître une telle obligation

i) L'affaire *Frame c Smith*

En 1987, la Cour suprême du Canada a reconsidéré la notion d'obligation fiduciaire, cette fois-ci en droit de la famille, dans l'affaire *Frame c Smith*⁷⁷. L'honorable juge La Forest, au nom de la majorité, a refusé de conclure à l'existence d'un « droit d'action [d'un parent] pour violation d'une obligation fiduciaire découlant de l'ordonnance judiciaire lui accordant le droit de visite à l'égard des enfants »⁷⁸. Dissidente, l'honorable juge Wilson est d'avis contraire et, dans ses motifs détaillés,

d'Osoyoos c Oliver (Ville), 2001 CSC 85, 206 DLR (4^e) 385 ; *Bande indienne Wewaykum c Canada*, 2002 CSC 79, 220 DLR (4^e) 1.

⁷² Hogg, *supra* note 69 au ch 28 à la p 21.

⁷³ *Ibid* au ch 28 à la p 22.

⁷⁴ Rotman, *supra* note 44 à la p 366 ; Hogg, *supra* note 69 au ch 28 à la p 22.

⁷⁵ *Guérin*, *supra* note 5 à la p 384.

⁷⁶ *Sossin*, *supra* note 4 à la p 140 (selon Lorne Sossin, les circonstances où l'État a une obligation fiduciaire sont l'exception plutôt que la norme).

⁷⁷ *Frame c Smith*, [1987] 2 RCS 99 au para 60, 42 DLR (4^e) 81 juge Wilson, dissidente [*Frame c Smith*] ; voir généralement Leonard I Rotman, « The Vulnerable Position of Fiduciary Doctrine in the Supreme Court of Canada » 24 Man LJ 60 ; Jeffrey S Leon, « The wisdom of Solomon: a comment on *Frame v Smith* » (1988) 3: 3 Can Fam LQ 397 (disponible sur Legal Trac).

⁷⁸ *Ibid* aux para 17, 20 (où le juge conclut qu'« il n'est pas du tout certain que permettre des actions civiles contre les parents qui ont la garde puisse être dans l'intérêt véritable de l'enfant, que ce soit par la création d'un délit civil ou par la reconnaissance de rapports fiduciaires découlant d'une ordonnance judiciaire »).

établit les balises de la cause d'action pour violation d'un devoir fiduciaire. En l'espèce, elle considère que la mère a manqué à son devoir fiduciaire envers le père en l'empêchant d'exercer ses droits de visite contrairement aux termes d'une ordonnance judiciaire à cet effet⁷⁹. La juge Wilson précise le principe fondamental énoncé dans l'affaire *Guérin* en tentant de l'élargir pour encadrer certaines relations du droit de la famille⁸⁰. Selon la juge Wilson, l'obligation fiduciaire possède trois caractéristiques générales :

- (1) Le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire ;
- (2) Le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire ;
- (3) Le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire⁸¹.

Bien qu'il n'ait pas retenu le cadre analytique de la juge Wilson dans l'affaire *Frame c Smith*, le juge La Forest expliquera ultérieurement que les caractéristiques générales identifiées par la juge Wilson constituent une « méthode d'analyse » que la Cour suprême du Canada suit « en tant que “guide sommaire et existant” pour identifier de nouvelles catégories de rapports fiduciaires »⁸². Il s'agit d'indices pour reconnaître une relation fiduciaire et non « les éléments qui la définissent »⁸³. Quant à la troisième caractéristique, « le “degré de vulnérabilité” relatif [...] dépend non pas d'une capacité hypothétique de se protéger contre les préjudices, mais plutôt de la nature des attentes raisonnables des parties »⁸⁴. Les parties qui allèguent l'existence d'une nouvelle obligation fiduciaire doivent « faire la preuve que les parties ont mutuellement convenu que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre »⁸⁵.

⁷⁹ *Ibid* au para 66.

⁸⁰ *Ibid* au para 77 (l'obligation fiduciaire comprend le « domaine étroit mais extrêmement important du droit de la famille dans lequel le parent non gardien est complètement à la merci du parent gardien en vertu de la position de pouvoir et d'autorité de ce parent à l'égard des enfants »).

⁸¹ *Ibid* au para 60.

⁸² *Hodgkinson*, *supra* note 22 au para 30. Voir généralement *Lac minerals ltd c International corona resources ltd*, [1989] 2 RCS 574 aux pp 599, 646, 69 RJO (2^e) 287 ; *Canson Enterprises Ltd c Boughton & Co*, [1991] 3 RCS 534 à la p 543, 85 DLR (4^e) 129 ; *M (K) c M (H)*, *supra* note 24 aux pp 63 et 64.

⁸³ *Hodgkinson*, *supra* note 22 au para 30.

⁸⁴ *Ibid* au para 36.

⁸⁵ *Ibid* au para 33.

ii) L'obligation fiduciaire appliquée aux anciens combattants

La thèse voulant que l'État puisse être le fiduciaire d'un individu a été plaidée dans l'affaire *Callie c Canada* par un ancien combattant recevant une pension d'invalidité du ministère des Anciens combattants⁸⁶. Dans cette affaire, il était allégué que l'obligation fiduciaire découlait de la *Loi sur les pensions*⁸⁷ et que le ministère devait agir comme fiduciaire à l'égard des anciens combattants pour lesquels il administre des pensions. Le libellé du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions*⁸⁸ est pratiquement identique à celui du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* qui avait justifié la reconnaissance d'une obligation fiduciaire du ministère des Affaires indiennes dans sa relation avec la Bande Musqueam dans l'affaire *Guérin*. En 1986, l'ancien combattant avait accumulé une pension de quelques centaines de milliers de dollars sur une période d'environ quarante ans⁸⁹. Il revendiquait la reconnaissance d'une obligation fiduciaire obligeant l'État à bien investir les fonds de pension et de verser aux anciens combattants les intérêts réalisés sur ces placements, ce qui avait été refusé jusqu'alors⁹⁰. Selon la Cour fédérale, « c'est la première fois qu'un tribunal est saisi d'une demande de cette nature. Les circonstances de l'affaire sont nouvelles; les principes qu'on tente d'appliquer ne le sont pas »⁹¹.

⁸⁶ *Callie c Canada*, [1991] 2 CF 379 (disponible sur QL) [*Callie*]; voir généralement *Sossin*, *supra* note 4; David W Elliott, « Much Ado About Dittos: Wewaykum and the Fiduciary Obligation of the Crown » (2003) 29 *Queen's LJ* 1.

⁸⁷ LRC 1985, c P-6, art 41(1) [*Loi sur les pensions*].

⁸⁸ Le libellé du paragraphe 41(1) de la *Loi sur les pensions* se lit comme suit :

41.(1) Le ministre peut ordonner que le ministère ou la personne ou l'organisme qu'il choisit administre la compensation payable à l'intéressé au profit de celui-ci ou de la personne à l'égard de laquelle une pension supplémentaire est payable conformément à l'annexe I, ou au profit des deux à la fois, s'il lui paraît évident que l'intéressé est incapable de gérer ses propres affaires, en raison de son infirmité, de sa maladie ou pour toute autre cause ou ne subvient pas aux besoins de la personne. ».

41.(1) Where it appears to the Minister that a person to whom an award is payable is (a) by reason of infirmity, illness or other cause, incapable of managing their own affairs, or (b) not maintaining an individual in respect of whom additional pension is payable in accordance with schedule I, the Minister may direct that the award payable to that person be administered for the benefit of that person or any individual in respect of whom additional pension is payable in accordance with Schedule I, or both, by the Department or a person or agency selected by the Minister

⁸⁹ *Callie*, *supra* note 86 à la p 381.

⁹⁰ *Ibid.*

⁹¹ *Ibid.*

Toutefois, selon l'honorable juge Joyal, l'obligation fiduciaire reconnue dans l'affaire *Guérin* ne découlait pas du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Une obligation législative de détenir les réserves « à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté »⁹² n'est pas suffisante pour conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire. Selon la Cour fédérale, c'était plutôt la relation *sui generis* qui existait entre l'État et les Autochtones qui donnait lieu à cette obligation et non pas le droit positif comme tel. Autrement dit, le libellé du paragraphe 18(1) selon lequel les terres sont détenues à l'usage et au profit des Autochtones confirme l'existence d'une obligation fiduciaire sans en être toutefois la source⁹³.

La Cour fédérale rejette l'argument que l'État a l'obligation fiduciaire d'administrer les pensions d'invalidité dans le meilleur intérêt des anciens combattants pour le motif qu'il s'agissait en réalité d'une « fiducie politique »⁹⁴. Selon le tribunal, une fiducie politique n'est pas justiciable. Le juge Joyal explique que « l'existence d'une simple directive légale donnée à des fonctionnaires de [l'État] d'administrer un fonds ou une somme d'argent au profit de personnes désignées n'implique pas nécessairement l'existence d'une relation fiduciaire entre les deux parties »⁹⁵.

Il faudra attendre dix ans avant qu'un tribunal canadien remette en question cette conclusion. La même problématique a été soulevée devant la Cour supérieure de justice de l'Ontario dans l'affaire *Authorson c Canada*⁹⁶. Il s'agit d'un recours collectif de plusieurs anciens combattants dont les pensions d'invalidité étaient administrées par le ministère des Anciens combattants⁹⁷. Les pensions n'ont jamais été investies et donc les anciens combattants n'ont pas reçu d'intérêts sur leurs pensions⁹⁸. Pour déterminer s'il existe une obligation fiduciaire, la Cour s'attarde

⁹² *Loi sur les Indiens*, *supra* note 65, art 18(1).

⁹³ *Callie*, *supra* note 86 à la p 387.

⁹⁴ *Kinloch v Secretary of State for India*, (1882) 15 Ch D 1 aux pp 625-626, 7 App Cas 619 (HL Eng); *Tito v Waddell (no 2)*, [1977] 3 All ER 129 aux pp 216-217 (disponible sur QL).

⁹⁵ *Callie*, *supra* note 86 à la p 389.

⁹⁶ *Authorson (tuteur à l'instance) v Canada (PG)* (2000), 53 RJO (3^e) 221, 100 ACWS (3^e) 229 (CS) [*Authorson*, CS]; voir généralement *Sossin*, *supra* note 4; Lorne Sossin, « Class Actions Against the Crown: A Substitution for Judicial Review on Administrative Law Grounds? » (2007) 57 UNBLJ 9; M H Tse, « The Canadian Bill of Rights as an Effective Manner and Form Device: An Analysis of the Supreme Court of Canada Decision in *Authorson v Canada (Attorney General)* » (2005) 18 NJCL 71.

⁹⁷ *Loi sur les mesures de réinsertion et d'indemnisation des militaires et vétérans des Forces canadiennes*, LC 2005, c 21.

⁹⁸ *Authorson*, CS, *supra* note 96 au para 2.

principalement aux libellés de la *Loi sur les pensions*⁹⁹ et de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*¹⁰⁰ et trace un parallèle avec le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*¹⁰¹. Selon la Cour supérieure de justice, c'est le libellé-même de ces dispositions législatives qui créent l'obligation fiduciaire du ministère des Anciens combattants envers ses pensionnaires.

Selon la Cour d'appel de l'Ontario, l'interprétation de l'affaire *Guérin* par le juge Joyal dans l'affaire *Callie* était mal fondée. L'affaire *Guérin* n'affirme pas que l'obligation fiduciaire découle uniquement de la relation sui generis entre l'État et les Autochtones, mais serait plutôt le résultat combiné de cette relation historique et des obligations imposées à l'État par la *Loi sur les Indiens*¹⁰². La Cour d'appel de l'Ontario analyse la relation entre l'État et les anciens combattants invalides dans la gestion de leurs pensions indépendamment de la conclusion à laquelle la Cour fédérale est arrivée dans l'affaire *Callie* :

[b]y statute, the administrator has the obligation to act for the benefit of the veteran in administering his pension. The statute does not spell out how that is to be done but leaves it to the discretion of the administrator. In this relationship the veteran exhibits the vulnerability that comes with being adjudged incapable of managing his pension for himself. He is dependent on the administrator to do so for his benefit. In the language of La Forest J. [dans l'affaire *Hodgkinson c Simms*] quoted above, given all the surrounding circumstances, the veteran reasonably could have expected that the administrator would act in his best interests while

⁹⁹ *Loi sur les pensions*, *supra* note 87, art 6. (« Administré pour le bénéfice du pensionné ou n'importe quelle personne qu'il a à sa charge ou les deux » [Notre traduction]. Cet article est maintenant formulé de la manière suivante :

6. Le ministre administre les biens immeubles ou l'argent cédés en fiducie au profit des pensionnés, des personnes à leur charge ou de toutes autres personnes .

6. The Minister may accept and administer any property and moneys conveyed to the Minister in trust for the benefit of pensioners, their dependants or any other persons.

¹⁰⁰ *Loi sur les allocations aux anciens combattants*, LRC 1985, c W-3, art 15(2) :

15.(2) Le ministre peut décider d'administrer — ou de faire administrer par une personne ou un organisme qu'il désigne —, au profit d'un bénéficiaire, de son époux ou conjoint de fait ou de son enfant à charge, l'allocation payable au bénéficiaire

15.(2) The Minister may direct that the allowance payable to the recipient be held and administered by the Minister or a person or agency selected by the Minister for the benefit of the recipient and the spouse, common-law partner or dependent child, as the case may be .

¹⁰¹ *Authorson*, *CS*, *supra* note 96 au para 28.

¹⁰² *Authorson*, *CA*, *supra* note 6 au para 67.

administering his pension. These characteristics of the relationship between the administrator and the veteran resonate as strongly where the administrator is the [State] as where the administrator is a private citizen and the appellant does not seriously contest that the latter falls within the scope of the fiduciary principle [Nous soulignons]¹⁰³.

Ainsi, « [t]he essential nature of the task undertaken by the [State] as administrator is thus indicative of a private right, enforceable by the veteran, as opposed the performance of a public duty by the [State] »¹⁰⁴. La Cour d'appel de l'Ontario reconnaît que le législateur impose une obligation fiduciaire au ministère des Anciens combattants. Ainsi, lorsqu'il administre une pension pour un ancien combattant invalide, il doit le faire « au profit des pensionnés, des personnes à leur charge ou de toutes autres personnes »¹⁰⁵.

Même si la Cour d'appel de l'Ontario n'a pas appliqué ni même mentionné le cadre analytique de l'affaire *Frame c Smith*, l'obligation fiduciaire reconnue dans l'affaire *Authorson* s'y inscrit en toute cohérence. En effet, le ministère des Anciens combattants peut exercer un pouvoir discrétionnaire qui a des effets sur les intérêts juridiques et pratiques des anciens combattants invalides qui sont particulièrement vulnérables.

Ces conclusions ne seront pas remises en cause par les parties devant la Cour suprême du Canada¹⁰⁶. Bien que le litige à ce stage des procédures portait sur d'autres aspects de la décision, la Cour suprême du Canada avalise le raisonnement de la Cour d'appel de l'Ontario. Somme toute, l'importance de l'affaire *Authorson* découle de son énonciation sans équivoque d'une obligation fiduciaire de l'État à l'égard des anciens combattants lorsque l'État gère leurs biens ou fonds, qu'il exerce une discrétion totale quant à la gestion de ceux-ci et qu'une loi ou un contrat confère expressément cette obligation.

iii) L'affaire *Alberta c Elder*

La Cour suprême du Canada a encore été invitée à trancher la question de l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État, cette fois-ci dans le domaine du droit de la santé. Dans l'affaire *Alberta c Elder*, la Cour suprême du Canada révisé les critères

¹⁰³ *Ibid* au para 73 alinéa g.

¹⁰⁴ *Ibid* au para 73 alinéa h.

¹⁰⁵ *Loi sur les pensions*, *supra* note 87, art 6.

¹⁰⁶ *Authorson*, CSC, *supra* note 15 au para 8 (devant la Cour suprême du Canada, l'État ne niait plus le fait qu'il avait une « obligation de fiduciaire de verser des intérêts » sur les pensions des anciens combattants. L'appel devant la Cour suprême du Canada portait sur d'autres aspects de la décision).

établis dans l'affaire *Frame c Smith*, en les adaptant au contexte gouvernemental. Il était question d'un recours collectif contre le gouvernement de l'Alberta en lien avec les frais d'hébergement dans un établissement de soins de longue durée (« ESLD »). En vertu des lois albertaines régissant ce secteur d'activité, le gouvernement de l'Alberta doit prendre à sa charge les frais médicaux des pensionnaires, mais peut exiger qu'ils paient des frais d'hébergement pour le logement et les repas¹⁰⁷. Les pensionnaires allèguent que le gouvernement de l'Alberta a « artificiellement augmenté la contribution des pensionnaires en vue de financer les frais médicaux qui relèvent normalement du gouvernement »¹⁰⁸. Les demandeurs n'invoquent aucune disposition législative pour appuyer leurs allégations¹⁰⁹, contrairement à ce qui a été fait dans les affaires *Guérin* et *Authorson*.

Bien que la Cour rejette l'argument de l'obligation fiduciaire, la juge en chef McLachlin reconsidère le cadre d'analyse de l'affaire *Frame c Smith* :

Si utiles que puissent être les trois 'caractéristiques' mentionnées dans l'arrêt *Frame* pour expliquer la source des obligations fiduciaires, elles ne constituent pas un code complet permettant de reconnaître les obligations fiduciaires. Il ressort maintenant clairement des principes fondamentaux énoncés dans les arrêts *Guerin c. La Reine* [...], *Hodgkinson c. Simms* [...], et *Galambos*¹¹⁰, que les éléments indiqués dans les paragraphes qui suivent sont ceux qui permettent de reconnaître l'existence d'une obligation fiduciaire dans les cas non visés par une catégorie existante de cas dans lesquels l'existence d'une obligation fiduciaire a été reconnue¹¹¹.

La Cour suprême du Canada énonce des critères, en s'inspirant de l'affaire *Frame c Smith*, qui doivent désormais guider l'analyse de l'identification d'une obligation fiduciaire envers un tiers dans le contexte gouvernemental¹¹². La Cour

¹⁰⁷ *Nursing Homes Act*, RSA 2000, c N-7, art 8, 24 ; *Nursing Homes Operation Regulation*, Alta Reg 258/85, art 3(1).

¹⁰⁸ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 1. Voir généralement *Christin Schmitz*, « SCC rejects novel fiduciary duty claim: Claims against government will » rarely succeed : top cout », *Lawyers Weekly* (27 mars 2011) en ligne : *Lawyers Weekly* <<http://www.lawyersweekly.ca/index.php?section=article&articleid=1427&rssid=4>>.

¹⁰⁹ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 58.

¹¹⁰ *Galambos c Perez*, *supra* note 2. Il s'agit d'une affaire de négligence professionnelle. Mme Perez avait prêté 200 000 \$ à son employeur, un cabinet d'avocats fondé par M. Galambos. Lorsque le cabinet a fait faillite, Mme Perez était une créancière non garantie et n'a rien pu recouvrer. Elle a intenté une action contre M. Galambos et le cabinet pour négligence, rupture de contrat et manquement à une obligation fiduciaire.

¹¹¹ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 29.

¹¹² *Ibid* au para 36.

conclut qu'il pourrait y avoir lieu de reconnaître que l'État sera assujéti à des obligations dans des relations autres que celles avec les Autochtones et les anciens combattants¹¹³.

En premier lieu, « la preuve doit démontrer que le fiduciaire s'est engagé délibérément à agir au mieux des intérêts du bénéficiaire. [...] La partie invoquant l'obligation doit pouvoir démontrer que, relativement à l'intérêt juridique particulier en jeu, le fiduciaire a renoncé aux intérêts de toutes les autres parties en faveur de ceux du bénéficiaire »¹¹⁴. Cet engagement peut découler soit de la relation entre les parties, soit de la loi, soit d'une entente expresse entre les parties que l'État agira en tant que fiduciaire¹¹⁵.

Selon la Cour suprême du Canada, si l'obligation fiduciaire découle d'une disposition législative, son libellé doit être clair quant à l'engagement de l'État de privilégier les intérêts du bénéficiaire¹¹⁶. Il est donc nécessaire d'analyser attentivement les dispositions législatives qui sont invoquées pour appuyer la qualification de l'obligation fiduciaire¹¹⁷.

En deuxième lieu, « l'obligation doit exister envers une personne ou un groupe de personnes définies, qui doivent être vulnérables par rapport au fiduciaire en ce sens que ce dernier exerce un pouvoir discrétionnaire sur eux »¹¹⁸. Ainsi, l'État n'a pas une obligation fiduciaire envers la population canadienne en général. Les obligations sont limitées à « des relations précises entre des parties précises »¹¹⁹. Autrement dit, les obligations fiduciaires de l'État doivent être établies au cas par cas.

¹¹³ *Ibid* au para 26.

¹¹⁴ *Ibid* aux para 30-31.

¹¹⁵ *Ibid* au para 32.

¹¹⁶ *Ibid* au para 45.

¹¹⁷ *Ibid* (« [D]ans *Guérin*, les cours ont analysé le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, SRC 1952, c 149, lequel confirme l'obligation de Sa Majesté de gérer les terres indiennes à l'usage et au profit des Indiens. Dans *Authorson*, les cours ont examiné la *Loi sur les pensions*, LRC 1970, c P-7, le paragraphe 15(2) de la *Loi sur les allocations aux anciens combattants*, LRC 1985, c W-3, et la *Loi des pensions*, LRC 1927, c 157 laquelle énonce l'obligation du gouvernement de détenir et de gérer les fonds au nom et dans l'intérêt des anciens combattants inaptes et de leurs personnes à charge et dans l'arrêt *KLB*, la Cour a conclu que la *Protection of Children Act*, RSBC 1960, c 303, ne prévoyait pas l'obligation invoquée »).

¹¹⁸ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 33.

¹¹⁹ *Ibid*.

Finalement, « le demandeur doit démontrer que le pouvoir du fiduciaire peut avoir un effet sur les intérêts juridiques du bénéficiaire ou sur ses intérêts pratiques essentiels »¹²⁰.

En l'espèce, la Cour suprême conclut que la vulnérabilité des pensionnaires de l'ESLD ne découle pas de leurs relations avec le gouvernement de l'Alberta. Ils sont encore capables de gérer leurs finances « ou seront bénéficiaires des obligations de leurs propres tuteurs et fiduciaires; la province n'est pas responsable d'eux »¹²¹. De plus, les soins ne leur sont pas refusés. Par conséquent, la Cour est d'avis qu'ils ne sont pas suffisamment vulnérables pour justifier la reconnaissance d'une obligation fiduciaire au gouvernement de l'Alberta¹²². En outre, les allégations contre le gouvernement sont vagues et il n'a pas été démontré que les intérêts des pensionnaires ont été affectés par les décisions du gouvernement de l'Alberta¹²³. Finalement, « [l]orsque le gouvernement agit dans l'exercice de ses fonctions législatives, les tribunaux ont systématiquement conclu que cela ne donne lieu à aucune obligation fiduciaire »¹²⁴. Les critères restrictifs pour démontrer l'existence d'une obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental n'ont pas été respectés. Dans les circonstances, le gouvernement de l'Alberta n'a pas d'obligation fiduciaire envers les pensionnaires d'un ESLD.

Partie II - L'élargissement du concept d'obligation fiduciaire dans le domaine de l'éducation

Les communautés de langue officielle en situation minoritaire ont revendiqué à quelques reprises l'élargissement du concept d'obligation fiduciaire. Jusqu'à maintenant, cela n'a été invoqué avec succès qu'une seule fois dans l'affaire *CSFY c GY*, une affaire inusitée portant sur le financement accordé par le gouvernement fédéral et le gouvernement du Yukon au domaine de l'éducation primaire et secondaire de langue française sur ce territoire. La prochaine section de cet article résume le cadre constitutionnel pertinent avant de faire un survol des programmes et services éducatifs offerts en français au Yukon. Ce contexte permet d'analyser la conclusion de la Cour suprême du Yukon à l'effet que le gouvernement du Yukon a manqué à son obligation fiduciaire envers la communauté minoritaire.

¹²⁰ *Ibid* au para 34.

¹²¹ *Ibid* au para 57.

¹²² *Ibid* au para 57.

¹²³ *Ibid* aux paras 60-61.

¹²⁴ *Ibid* au para 62.

A) Le droit à l'instruction en langue française au Yukon sur les fonds publics

Aux termes de la *Loi sur le Yukon*¹²⁵, l'assemblée législative du Yukon est compétente pour légiférer dans le domaine de l'éducation. Comme c'est le cas pour les provinces, la capacité de l'Assemblée législative de légiférer en la matière est limitée par l'article 23 de la *Charte* qui a pour objectif, entre autres, de redresser les injustices du passé¹²⁶. Suite au rapport de la Commission royale sur le bilinguisme et le biculturalisme¹²⁷, un consensus émerge à l'effet que les écoles homogènes sont indispensables « à la survie et au développement des communautés de langue minoritaire. Seules les écoles homogènes permettent de contrer les tendances assimilatrices des communautés linguistiques majoritaires »¹²⁸. Ce consensus est l'un des fondements de l'inclusion de l'article 23¹²⁹ dans la *Charte*. Il prescrit un minimum de droits scolaires en anglais au Québec et en français ailleurs au Canada, y compris au Yukon¹³⁰.

Selon la Cour suprême du Canada :

L'objet général de l'article 23 est clair : il 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, dans la mesure du possible, dans les provinces où elle n'est pas parlée par la majorité¹³¹.

¹²⁵ LC 2002, c 7, art 18(1)o [*Loi sur le Yukon*].

¹²⁶ Avant 1982, la Constitution du Canada n'incluait aucune mention du droit à l'éducation dans la langue de la minorité. Certains pensaient que le droit prévu à l'article 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867* incluait également la langue. Cependant, selon le Comité judiciaire du Conseil privé dans l'affaire *Mackell*, l'article 93 ne « protégeait, dans l'instruction, que l'aspect religieux, et ne limitait en rien la compétence des provinces de faire des lois concernant d'autres aspects de l'instruction, y compris la langue d'enseignement » : *RC Separate School Trustees c Mackell*, [1917] AC 62 à la p 69 traduit dans Mark Power et Pierre Foucher, « Les droits linguistiques en matière scolaire » dans Michel Bastarache, dir, *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e ed, Cowansville (Québec), Yvon Blais, 2004, 403 à la p 411 [*Les droits linguistiques en matière scolaire*].

¹²⁷ *Rapport de la Commission Royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme*, livre 2, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1968 (présidents : André Laurendeau et A. Davidson Dunton) [*Rapport de la commission, bilinguisme*].

¹²⁸ *Mahé c Alberta*, [1990] 1 RCS 342 aux pp 362 et 363, 106 AR 32 [*Mahé*].

¹²⁹ Voir généralement *Les droits linguistiques en matière scolaire*, supra note 126.

¹³⁰ *Charte canadienne des droits et libertés*, art 30, 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*].

¹³¹ *Mahé*, supra note 128 à la p 366.

L'article 23 de la *Charte* a pour but de remédier aux insuffisances au niveau des écoles primaires et secondaires¹³². Il est différent de la majorité des droits garantis par la *Charte* puisqu'il s'agit d'un droit social, à la fois individuel et collectif. En effet, bien qu'il soit accordé à des individus, sa mise en œuvre dépend de l'existence d'une communauté de langue minoritaire¹³³. De plus, il impose à l'État une obligation positive d'agir¹³⁴ :

L'article 23 de la Charte impose aux législatures provinciales l'obligation positive d'édicter des dispositions législatives précises pour fournir une instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie¹³⁵.

L'article 23 garantit notamment le « droit à l'instruction, le droit à des établissements, le droit à un certain degré de gestion et contrôle, et le droit à un enseignement d'une qualité comparable à celui de la majorité »¹³⁶. Le droit de gestion et de contrôle est qualifié de « contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel »¹³⁷ :

Le pouvoir exclusif de prendre des décisions concernant l'instruction dans sa langue et les établissements où elle est dispensée, notamment :

- a) les dépenses de fonds prévus pour cette instruction et ces établissements ;
- b) la nomination et la direction des personnes chargées de l'administration de cette instruction et de ces établissements ;
- c) l'établissement de programmes scolaires ;
- d) le recrutement et l'affectation du personnel, notamment des professeurs ; et
- e) la conclusion d'accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique [Nous soulignons].

¹³² *Québec (PG) c Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 RCS 66 à la p 79 (disponible sur CanLII) [*Québec Association of Protestant School Boards*].

¹³³ *Solski (Tuteur de) c Québec (PG)*, 2005 CSC 14, [2005] 1 RCS 201 au para 23.

¹³⁴ *Québec Association of Protestant School Boards*, *supra* note 132 à la p 404.

¹³⁵ *Mahé*, *supra* note 128 à la p 399 (dans cette affaire, la Cour suprême du Canada conclut que « [j]usqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir cette obligation. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité ») ; *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 RCS 3 aux para 28 et 63 [*Doucet-Boudreau*].

¹³⁶ *Mahé*, *supra* note 128 à la p 442.

¹³⁷ *Ibid* à la p 39.

Finalement, l'article 23 de la *Charte* confère à la minorité de langue officielle, « lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics » [Nous soulignons]. L'article 23 de la *Charte* ne précise pas toutefois quel palier de gouvernement, fédéral, provincial ou territorial, doit verser les fonds publics nécessaires pour l'instruction dans la langue de la minorité¹³⁸.

B) Les programmes et services éducatifs en français au Yukon

L'histoire des Francophones au Yukon remonte aux origines du territoire :

Les francophones ont [...] parcouru très tôt les territoires boréaux, y ont créé les premiers comptoirs de traite, ont participé à la formation des communautés métisses, sont venus y chercher de l'or, mais ont aussi établi des missions catholiques, des services, des écoles et des communautés. L'ancienneté de leur présence se reflète notamment dans la toponymie des territoires : nombreux sont les noms de rivières, lieux-dits, lacs à consonance française¹³⁹.

Avant son transfert au Canada, le Territoire du Yukon appartenait à la Compagnie de la Baie d'Hudson (« CBH ») et était compris dans les Territoires du Nord-Ouest. Au moment du transfert, en 1875, le gouvernement canadien a adopté la *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*¹⁴⁰ « pour répondre aux besoins du gouvernement de la région qui comprenait le Yukon, l'Alberta et la Saskatchewan en entier et des parties des Territoires du Nord-Ouest, du Nunavut, du nord du Manitoba, de l'Ontario et du Québec d'aujourd'hui »¹⁴¹. Cette première version de la *Loi sur les territoires du Nord-Ouest* ne comptait aucune disposition régissant la langue¹⁴². Cependant, deux ans plus tard, cette loi a été modifiée et un régime accordant un statut égal à l'usage du français et de l'anglais devant les tribunaux et l'Assemblée législative a été instauré sur le territoire du Yukon¹⁴³. Ces modifications sont reconduites dans l'Acte de 1886 aux termes de l'article 110¹⁴⁴. C'est cette

¹³⁸ *Soutien financier par le ministre du Patrimoine canadien, supra note 13 à la p 40.*

¹³⁹ Institut canadien de recherche sur les minorités linguistiques, « La francophonie boréale : la vitalité des communautés francophones dans les territoires », octobre 2010 à la p 13, en ligne : Commissariat des langues officielles <http://icrml.ca/images/stories/documents/fr/sommaire_territoires.pdf> [*La francophonie boréale*].

¹⁴⁰ LC 1875, c 49 [*Loi sur les TNO*].

¹⁴¹ *Kilrich Industries Ltd c Halotier*, 2007 YKCA 12 au para 25 (disponible sur CanLII) [*Kilrich*].

¹⁴² *Loi sur les TNO, supra note 140.*

¹⁴³ LC 1877, c 7, art 11.

¹⁴⁴ *Acte des territoires du Nord-Ouest*, LRC 1886, c 50, art 110.

disposition qui est finalement importée dans l'Acte du Territoire du Yukon¹⁴⁵ lors de la création de ce territoire¹⁴⁶.

Ce n'est qu'en 1988 que l'Assemblée législative du Yukon adopte une *Loi sur les langues*. Celle-ci « accepte que le français et l'anglais sont les langues officielles du Canada et accepte également que les mesures prévues par la présente loi constituent une étape importante vers la réalisation de l'égalité de statut du français et de l'anglais au Yukon »¹⁴⁷. La *Loi sur les langues du Yukon* établit officiellement le bilinguisme législatif et judiciaire¹⁴⁸. Elle donne le droit à tous d'employer le français ou l'anglais pour communiquer avec le gouvernement territorial et ses institutions ainsi que pour en recevoir les services¹⁴⁹. L'adoption de cette loi était mandatée par le Parlement¹⁵⁰. L'égalité de statut et d'usage consacré par la *Loi sur les langues du Yukon* se traduit toutefois difficilement dans la réalité¹⁵¹.

¹⁴⁵ 1898, 61 Vict, c 6 (Canada).

¹⁴⁶ *Ibid*, art 9 (« Sous réserve des dispositions du présent acte, les lois relatives aux matières civiles et criminelles et les ordonnances, telles qu'elles seront dans les Territoires du Nord-Ouest au jour de la sanction de cet acte, continueront de s'exécuter dans le Territoire du Yukon, en tant qu'elles auront leur application, jusqu'à ce qu'elles aient été modifiées ou abrogées par le Parlement du Canada, ou par quelque ordonnance du Gouverneur en conseil ou du commissaire en conseil, faite sous l'autorité du présent acte »).

¹⁴⁷ *Loi sur les langues du Yukon*, c 133, art 1(1) [*Loi sur les langues du Yukon*].

¹⁴⁸ *Ibid*, art 3, 4 et 5.

¹⁴⁹ *Ibid*, art 6(1).

¹⁵⁰ *Loi sur le Yukon*, *supra* note 125, art 27 ; *Kilrich*, *supra* note 141 au para 30 (« Pour éviter l'application de la *Loi sur les langues officielles* fédérale, le gouvernement du Yukon a signé l'*Entente linguistique entre le Canada et le Yukon* le 28 avril 1988, dans laquelle le Yukon s'est engagé à adopter une loi pour protéger le français et l'anglais. Cela a été fait trois semaines plus tard en édictant la *Loi sur les langues*, LY 1988, c 13. En retour, le Parlement a inclus l'article 3 dans la *Loi sur les langues officielles* fédérale dans lequel il exempt « toute institution de l'Assemblée législative ou du gouvernement du Yukon » de son application. Le gouvernement fédéral a également accepté de payer les coûts associés à la mise en vigueur de la *Loi sur les langues* »).

¹⁵¹ *Loi sur les langues du Yukon*, *supra* note 147, art 5 (cette loi prévoit sans équivoque que « [c]hacun a le droit d'employer le français ou l'anglais dans toutes les affaires dont sont saisis les tribunaux établis par l'Assemblée législative et dans tous les actes de procédure qui en découlent ». Dix-neuf ans après l'entrée en vigueur de cet article, bien que les règles de procédure civile aient été traduites en 1994, elles n'avaient jamais été mises à jour. Ainsi, en 2007, il n'existait pas de version française complète des règles de procédure civile (*Kilrich*, *supra* note 141 au para 10). De plus, les employés du registraire n'étaient pas au courant de l'existence d'une version française des règles de procédure de 1994 (*Kilrich*, *supra* note 141 aux para 10 et 98). En 2007, M. Halotier, un résident francophone du Yukon a tenté de faire valoir ses droits en français dans une affaire civile devant la Cour suprême du Yukon, mais son procès a été vicié par des problèmes linguistiques qui, selon la juge, font état de « [l']échec du système judiciaire » de respecter les droits de la communauté francophone (*Kilrich*, *supra* note 141 au para 99).

En particulier, la communauté francophone a fait face à des défis importants dans le domaine de l'éducation. C'est en 1990, huit ans après l'adoption de la *Charte*, que la *Loi sur l'éducation* du Yukon reprend les termes de l'article 23¹⁵². La *Loi sur l'éducation*¹⁵³ du Yukon reconnaît aux parents admissibles le droit de faire instruire leurs enfants en français. Cependant, le ministre de l'Éducation du Yukon conserve de larges pouvoirs lui permettant de réglementer l'instruction en français¹⁵⁴.

Il existe une seule école homogène de langue française au Yukon. Celle-ci est fondée à Whitehorse en 1984. En 1986, elle offre d'abord des cours de la maternelle à la 9^e année dans le sous-sol d'écoles anglophones¹⁵⁵. Elle déménage ensuite dans des roulottes¹⁵⁶ et devient une école offrant des cours de la maternelle à la 12^e année. En 2009-10, il s'agit d'une école homogène française qui compte 170 élèves au primaire et au secondaire¹⁵⁷.

Presque trois quarts de la communauté franco-yukonaise¹⁵⁸ est concentrée dans la ville de Whitehorse¹⁵⁹. Au Yukon, selon le recensement de 2006, environ 1 200 personnes ont le français comme langue maternelle, ce qui constitue 4 % de la population totale¹⁶⁰. Si on ajoute aux francophones de langue maternelle les francophiles, la proportion des personnes qui parle français augmente de manière significative. Ainsi, 12 % de la population totale parle français au Yukon¹⁶¹.

¹⁵² *La francophonie boréale*, supra note 139 à la p 16.

¹⁵³ LRY 2002, c 61, art 56.

¹⁵⁴ *Ibid*, art 185 et 186.

¹⁵⁵ *CSFY c GY*, supra note 12 au para 25.

¹⁵⁶ *Ibid*.

¹⁵⁷ *Ibid* à la p 60 ; Ministère de l'Éducation du Yukon, *Annual Report : 2009-2010*, à la p 91, en ligne : ministère de l'Éducation du Yukon <http://www.education.gov.yk.ca/pdf/Education_Annual_Report_2009-10_Academic_Year_-_web_version.pdf> (Le système scolaire du Yukon compte 5 065 étudiants. À titre de comparaison, au Yukon, la plus petite école qui offre l'enseignement de la maternelle à la douzième année compte 42 étudiants tandis que la plus grande école qui offre les mêmes services compte 571 étudiants).

¹⁵⁸ Voir *Commission scolaire c Yukon*, supra note 12 (l'affaire du rejet de la demande de récusation de l'honorable juge Vital Ouellette).

¹⁵⁹ *CSFY c GY*, supra note 12 au para 60.

¹⁶⁰ Jean-François Lepage et al, *Portrait des minorités de langue officielle du Canada : Les francophones du Yukon, territoires du Nord-Ouest et du Nunavut*, à la p 10, en ligne : statistique Canada <http://publications.gc.ca/collections/collection_2011/statcan/89-642-X/89-642-x2011003-fra.pdf> ; *La francophonie boréale*, supra note 139 à la p 17.

¹⁶¹ Statistique Canada, *Recensement de la population de 2006 : Population selon la connaissance des langues officielles, par province et territoire*, en ligne : Statistiques Canada <<http://www40.statcan.ca/102/cst01/demo15-fra.htm>> ; *La francophonie boréale*, supra note 139 à la p 18.

C) Le gouvernement fédéral vient en aide à la communauté francophone du Yukon

Le rapport final de la Commission royale d'enquête sur le bilinguisme et le biculturalisme suggérait « que le gouvernement fédéral accepte le principe de la prise à sa charge des dépenses supplémentaires qu'entraîne l'enseignement dans la langue de la minorité de langue officielle »¹⁶². Ainsi, dès 1970, les premières ententes aux termes desquelles le gouvernement fédéral appuie les communautés de langue minoritaire dans le domaine de l'éducation sont signées¹⁶³. Aujourd'hui, le ministère du Patrimoine canadien gère un programme qui s'appelle « développement des communautés de langue officielle » qui comprend un volet « éducation dans la langue de la minorité ». Il a pour objectif, entre autres, « d'aider les gouvernements provinciaux et territoriaux [...], à offrir aux membres des communautés minoritaires de langue officielle [...] un enseignement dans leur langue [...] ; de permettre à plus de Canadiens de perfectionner leur langue maternelle »¹⁶⁴.

Un protocole d'entente encadre les ententes bilatérales pluriannuelles qui sont conclues entre le ministère du Patrimoine canadien et les ministères de l'Éducation de chaque province et territoire¹⁶⁵. En vertu de ces ententes bilatérales, le ministère du Patrimoine canadien aura versé presque 600 millions de dollars pour appuyer l'éducation dans la langue de la minorité entre 2009 et 2013¹⁶⁶. Les fonds additionnels permettent de défrayer une partie des coûts supplémentaires qui

¹⁶² *Rapport de la commission, bilinguisme*, supra note 127 à la p 20 ; *Débats de la Chambre des communes*, 28^e parl, 2^e sess, vol 1 aux pp 577-578 (6 novembre 1969).

¹⁶³ Matthew Hayday, *Bilingual Today, United Tomorrow: Official Languages in Education and Canadian Federalism*, Montréal, McGill-Queen's University Press, 2005 à la p 57.

¹⁶⁴ « Programme Développement des communautés de langue officielle », en ligne : Patrimoine canadien <<http://www.pch.gc.ca/pgm/lo-ol/pgm/dclo-elm-fra.cfm>>.

¹⁶⁵ *Ententes fédérales-provinciales-territoriales en éducation*, art 12.1, en ligne : Patrimoine canadien <<http://www.pch.gc.ca/pgm/lo-ol/entente-agreement/education/2009-13-fra.cfm>> ; *Protocole d'entente relatif à l'enseignement dans la langue de la minorité et à l'enseignement de la langue seconde 2009-2010 à 2012-2013 entre le Gouvernement du Canada et le Conseil des ministres de l'Éducation (Canada)*, en ligne : Patrimoine canadien <<http://www.pch.gc.ca/pgm/lo-ol/entente-agreement/education/cmec/protocol-cmec/2009-2013/09-13-entent-cmec-fra.pdf>> [*Protocole d'entente*] (dans le cadre de ce programme, un protocole d'entente est signé entre le ministère du Patrimoine canadien et le CMEC). Le CMEC est un organisme intergouvernemental regroupant les ministères de l'éducation de toutes les provinces et de tous les territoires. Il a entre autres pour objectif « de défendre [...] les intérêts des provinces et territoires en matière d'éducation » : « Au sujet du CMEC », en ligne : CMEC <http://www.cmec.ca/About/Pages/default_fr.aspx>.

¹⁶⁶ *Protocole d'entente*, supra note 165, annexe C.

résultent de l'offre de service d'enseignement dans la langue de la minorité véritablement égale à celle dans la langue de la majorité¹⁶⁷.

En ce qui concerne l'entente bilatérale au Yukon, l'*Entente Canada-Yukon relative à l'enseignement dans la langue de la minorité et à l'enseignement de la seconde langue officielle 2005-2006 à 2008-2009*, la CSFY n'a pas été impliquée dans la négociation¹⁶⁸. Pourtant, selon la Cour suprême du Canada, le « contrôle exclusif sur tous les aspects de l'éducation de la minorité qui concernent les questions d'ordre linguistique et culturel »¹⁶⁹ comprend le droit de conclure des « accords pour l'enseignement et les services dispensés aux élèves de la minorité linguistique »¹⁷⁰.

C'est justement l'entente Canada-Yukon en vigueur de 2005 à 2009 qui fait l'objet du litige opposant la CSFY au gouvernement du Yukon dans l'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon no 23 c Procureure générale du territoire du Yukon* porte justement. En vertu de cette entente, le ministère du Patrimoine canadien a versé presque trois millions de dollars au ministère de l'Éducation du Yukon afin de soutenir l'enseignement dans la langue de la minorité dans ce territoire¹⁷¹. Cette entente bilatérale permettait au ministère de l'Éducation du Yukon de modifier l'allocation des fonds reçus du ministère du Patrimoine canadien, avec l'accord de ce dernier, en les réaffectant à l'enseignement du français dans les écoles de langue anglaise¹⁷². Toutefois, une telle réaffectation des fonds ne devrait pas remettre « en question l'atteinte des résultats prévus dans son plan d'action »¹⁷³. L'entente Canada-Yukon ne contenait aucune disposition relativement

¹⁶⁷ *Mahé, supra* note 128 à la p 450 (selon la Cour suprême du Canada, il est possible que l'éducation dans la langue de la minorité soit plus dispendieuse : « sans doute est-il proportionnellement un peu plus coûteux de faire fonctionner une école de 242 élèves qu'une école de 1 000 élèves. Cependant le caractère réparateur de l'art. 23 signifie que de tels écarts dans les coûts, s'ils ne sont pas excessifs, doivent être acceptés »).

¹⁶⁸ *Soutien financier par le ministre du Patrimoine canadien, supra* note 13 à la p 7 ; *CSFY c GY, supra* note 12 au para 257.

¹⁶⁹ *Mahé, supra* note 128 à la p 380.

¹⁷⁰ *Ibid* à la p 377. En revanche, le gouvernement du Yukon peut consulter, s'il le juge nécessaire, la CSFY. Voir *Entente Canada – Yukon relative à l'enseignement dans la langue de la minorité et à l'enseignement de la seconde langue officielle 2005-2006 à 2008-2009*, art 7.2 de l'Annexe 1, en ligne : Patrimoine canadien <<http://www.pch.gc.ca/pgm/lo-ol/entente-agreement/education/yk/05-09-Entente-Education-Yukon-fra.pdf>> [*entente Canada-Yukon*]. De plus, la *loi sur l'éducation* du Yukon habilite la CSFY à conclure des contrats avec le gouvernement fédéral (*Loi sur l'éducation, supra* note 153, art 118(1)).

¹⁷¹ *Entente Canada-Yukon, supra* note 170, art 5.3.

¹⁷² *Ibid*, art 3.2.2.2 de l'Annexe 1.

à la surveillance de la mise en œuvre de celle-ci par le ministère du Patrimoine canadien ni à la possibilité d'exiger que le gouvernement du Yukon lui « rende des comptes » par rapport à sa mise en œuvre.

En 2006, le ministère de l'Éducation du Yukon a demandé qu'environ deux millions de dollars soient réaffectés vers l'enseignement en français dans les écoles de langue anglaise. Plus précisément, le ministère de l'Éducation du Yukon a transmis deux lettres au ministère du Patrimoine canadien demandant la permission de réaffecter des sommes reçues du ministère. Le ministère de l'Éducation déclarait que la CSFY avalisait le transfert¹⁷⁴. Ces déclarations étaient sans fondement. La CSFY n'avait jamais été consultée et n'avait jamais pris connaissance de cette correspondance¹⁷⁵.

D) La première reconnaissance d'une obligation fiduciaire au profit d'une communauté d'expression française en situation minoritaire

La Cour détermine si ces circonstances établissent l'existence d'une obligation fiduciaire en utilisant le cadre d'analyse de la juge Wilson dans l'affaire *Frame c Smith*. Elle applique également l'analyse de la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Alberta c Elder* puisqu'il s'agit d'une obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental. Cependant, cette approche témoigne d'une mauvaise interprétation des critères établis dans l'affaire *Alberta c Elder*. En effet, la juge en chef McLachlin avait expressément reformulé les critères énoncés dans l'affaire *Frame c Smith*. Ce sont les critères de l'affaire *Alberta c Elder* qui permettent de reconnaître l'existence d'une obligation fiduciaire dans des contextes autres que ceux qui ont déjà été établis par la Cour suprême du Canada¹⁷⁶. Il n'était donc pas nécessaire de reprendre les trois critères énoncés dans l'affaire *Frame c Smith*.

Selon la Cour suprême du Yukon, le premier critère de l'arrêt *Frame c Smith* est satisfait puisque le gouvernement du Yukon exerce un pouvoir

¹⁷³ *Ibid* (en l'espèce, le transfert remet en question l'atteinte des résultats visés aux points 1.1 et 1.2 du *Plan d'action – Yukon* (22 mars 2006), constituant l'annexe 2 de l'*Entente Canada-Yukon*, *supra* note 170 à la p 10 c'est-à-dire, une éducation de qualité comparable à l'éducation fournie dans la langue de la majorité et l'accès à une éducation reconnue pour son excellence).

¹⁷⁴ *CSFY c GY*, *supra* note 12 aux para 76-82, 423-425, 436, 841.

¹⁷⁵ *Ibid* aux para 76, 843, 845, 849-850 ; *Ibid* au para 80 (une lettre du 6 février 2006 confirmant le transfert mentionnait également que « les fonds seraient remboursés, et cela avant la conclusion de l'entente bilatérale ») ; *Commission scolaire c Yukon*, *supra* note 12 au para 39. Pour l'année 2006-2007, la CSFY a dépensé plus de 4 millions de dollars, mais elle n'a reçu que 360 000 dollars du ministère de l'Éducation du Yukon.

¹⁷⁶ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 29.

discrétionnaire¹⁷⁷ aux termes de l'entente Canada-Yukon. Selon cette entente, le ministère du Patrimoine canadien remet les fonds destinés à l'enseignement dans la langue de la minorité au ministère de l'Éducation du Yukon sans que la CSFY n'y soit partie¹⁷⁸. La CSFY ne possède aucun pouvoir décisionnel en ce qui a trait aux fonds obtenus du ministère du Patrimoine canadien¹⁷⁹. Le gouvernement du Yukon exerce donc un pouvoir discrétionnaire dans l'allocation des fonds de fonctionnement de la CSFY¹⁸⁰.

Il en est de même du deuxième critère de l'arrêt *Frame c Smith*, considérant que le gouvernement du Yukon exerce unilatéralement ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques de la CSFY¹⁸¹. Puisque la CSFY n'est pas partie à l'entente Canada-Yukon et que le gouvernement du Yukon n'a aucune obligation de dévoiler le montant qu'il réclame et négocie avec le ministère du Patrimoine canadien en tant que fonds supplémentaires¹⁸², la réduction du montant affecté à l'éducation dans la langue de la minorité constitue un exercice unilatéral d'un pouvoir discrétionnaire¹⁸³. De plus, la CSFY n'a pas été consultée contrairement aux termes de l'entente Canada-Yukon¹⁸⁴. Le gouvernement du Yukon a soutenu que la CSFY n'avait pas besoin de ces sommes et que, à défaut d'être réaffectées à d'autres fins, elles auraient à être retournées au gouvernement fédéral¹⁸⁵. Encore une fois, la preuve contredit cette allégation¹⁸⁶. Cette décision

¹⁷⁷ *Frame c Smith*, *supra* note 77 au para 60.

¹⁷⁸ *Entente Canada-Yukon*, *supra* note 170, art 2.1.

¹⁷⁹ *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 31 (selon Mme Beaudoin, membre élue de la CSFY depuis 1990, toute dépense de la CSFY devait obtenir l'approbation du ministère de l'Éducation du Yukon).

¹⁸⁰ *Ibid* au para 852 (« [I]a Cour accepte le témoignage d'Edmond Ruest comme étant véridique. M. Lamarche lui a dit qu'il pensait pouvoir obtenir une augmentation de 10 % sur l'entente précédente. M. Lamarche a alors demandé à M. Ruest de déposer des projets en fonction d'un tel montant. M. Lamarche a dit la même chose à M. Bourcier. La Cour accepte le témoignage de M. Bourcier à l'effet que les montants suggérés par M. Lamarche ne correspondaient pas aux besoins de la CSFY. Cette méthode de fonctionnement a permis à M. Lamarche et au gouvernement du Yukon un contrôle sur le niveau de demande de financement qu'il demanderait de la part de la CSFY. Il faut se rappeler qu'il n'est pas contesté, et la preuve des témoins du GY confirme, que la CSFY ne faisait aucunement partie des négociations ni en ce qui concerne les termes du protocole d'entente [...] ni de l'entente bilatérale [...]. Le manque de transparence et d'imputabilité relatif au fonds additionnels pour le français langue première permettait l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part du GY »).

¹⁸¹ *Frame c Smith*, *supra* note 77 au para 60 ; *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 853-854.

¹⁸² *Ibid* au para 78 (fonds spécifiquement désignés pour l'« éducation francophone en minorité »).

¹⁸³ *Ibid* au para 853 (suite à ce transfert, il y a eu une réduction de fonds additionnels pour l'enseignement du français langue première au montant de 1 954 228 \$ et, du même coup, augmentant les fonds additionnels à l'enseignement de la langue seconde par 2 951 369 \$).

¹⁸⁴ *CSFY c GY*, *supra* note 12 aux para 843 et 855.

¹⁸⁵ *Ibid* au para 855.

¹⁸⁶ *Ibid*.

unilatérale du gouvernement du Yukon a eu un effet négatif sur la CSFY qui, selon la preuve, était confrontée à un important manque à gagner¹⁸⁷.

Finalement, le troisième critère de l'affaire *Frame c Smith* est rempli puisque la CSFY est particulièrement vulnérable ou à la merci du gouvernement du Yukon qui détient un important pouvoir discrétionnaire¹⁸⁸. Le gouvernement du Yukon est l'unique source de financement de la CSFY¹⁸⁹.

Selon la Cour suprême du Yukon, la relation entre le gouvernement du Yukon et la CSFY remplit également les conditions d'une obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental énoncées dans l'affaire *Alberta c Elder*. En premier lieu, la preuve démontre que le gouvernement du Yukon s'est engagé délibérément à agir dans le meilleur intérêt de la CSFY, et ce, de deux façons. Il doit respecter certaines obligations constitutionnelles et s'est expressément engagé aux termes de l'entente Canada-Yukon¹⁹⁰ :

[En l'espèce], il y a non seulement un engagement mais aussi une obligation qui découle de la Loi constitutionnelle de 1982. Il s'agit de l'art. 23 de la Charte qui impose au gouvernement non seulement de fournir l'instruction dans la langue de la minorité, mais de la fournir dans des établissements d'enseignement de la minorité financé par les fonds publics (là où le nombre le justifie)¹⁹¹.

Par ailleurs, il existe un parallèle important entre l'article 23 de la *Charte*, générateur de droit créant l'obligation fiduciaire du gouvernement du Yukon, et celle qui régit la relation fiduciaire entre, dans un premier temps, l'État et les Autochtones¹⁹² et, dans un deuxième temps, l'État et les anciens combattants¹⁹³. L'article 23 impose des obligations positives aux gouvernements provinciaux et territoriaux d'agir dans le meilleur intérêt des communautés de langue officielle en situation minoritaire¹⁹⁴.

¹⁸⁷ *Ibid* au para 850.

¹⁸⁸ *Frame c Smith*, *supra* note 77 au para 60.

¹⁸⁹ *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 855.

¹⁹⁰ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 30.

¹⁹¹ *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 859.

¹⁹² *Guérin*, *supra* note 5 à la p 389.

¹⁹³ *Authorson, CA*, *supra* note 6 au para 81.

¹⁹⁴ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 135 au para 28.

En deuxième lieu, l'obligation fiduciaire existe envers les parents et les enfants du Yukon ayant des droits en vertu de l'article 23 de la *Charte*, qui constituent un « groupe de personnes définies » vulnérable par rapport au gouvernement du Yukon « en ce sens que ce dernier exerce un pouvoir discrétionnaire sur eux »¹⁹⁵. L'obligation fiduciaire s'applique donc à un groupe d'individu identifié et restreint¹⁹⁶.

Finalement, la CSFY a démontré que le pouvoir du gouvernement du Yukon a des effets négatifs sur ses intérêts juridiques ou pratiques essentiels¹⁹⁷. L'article 23 de la *Charte* et l'article 56 de la *Loi sur l'éducation*¹⁹⁸ prévoient que la CSFY détient une compétence exclusive de fournir l'instruction dans la langue de la minorité au Yukon. Afin d'y parvenir, la CSFY dépend exclusivement des fonds qui lui sont remis par le ministère de l'Éducation du Yukon, incluant les fonds transférés par le ministère du Patrimoine canadien dans le cadre de l'entente Canada-Yukon. Selon la Cour suprême du Yukon, « si les fonds désignés pour combler ces coûts supplémentaires sont détournés à d'autres fins, il y aura une incidence direct[e] sur l'intérêt juridique et pratique de respecter les droits, et de satisfaire aux obligations, imposés en vertu de l'article 23 »¹⁹⁹. De plus, la preuve démontre que le gouvernement du Yukon « exerce un niveau très élevé de contrôle sur la CSFY, par voie d'une administration directe »²⁰⁰.

Au regard de la preuve, le gouvernement du Yukon a manqué à son obligation fiduciaire envers les parents et les enfants que la CSFY représente et détient donc en fiducie presque deux millions de dollars au bénéfice de cette dernière.

Il appert qu'il était stratégique de la part de la CSFY d'alléguer que le gouvernement du Yukon avait manqué à son obligation fiduciaire. Il n'aurait peut-être pas été possible de plaider l'existence d'un bris de contrat, puisque le contrat en cause était intervenu entre le ministère du Patrimoine canadien et le ministère de

¹⁹⁵ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 33.

¹⁹⁶ *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 860.

¹⁹⁷ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 34.

¹⁹⁸ « Les élèves dont les père et mère ont le droit en vertu de l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* de faire instruire leurs enfants en français ont droit à cet enseignement en conformité avec les règlements ».

¹⁹⁹ *CSFY c GY*, *supra* note 12 au para 862.

²⁰⁰ *Ibid* au para 862 (voir par exemple un témoignage à l'effet que toutes les dépenses de la CSFY doivent être approuvées par le ministère de l'Éducation du Yukon au paragraphe 31).

l'Éducation du Yukon sans que la CSFY n'y soit partie. Ensuite, la CSFY aurait pu, peut-être, alléguer que l'article 23 de la *Charte* avait été brimé du fait qu'elle était sous-financée de l'ordre de presque deux millions de dollars. Une telle allégation aurait vraisemblablement exigé une analyse détaillée des budgets et des dépenses de la CSFY ainsi que la démonstration d'un lien de causalité entre le sous-financement de la CSFY, d'une part, et l'écart sur le plan de la qualité de l'éducation entre celle offerte par la CSFY et les commissions scolaires de langue anglaise dans la région de Whitehorse, d'autre part. Dans ces circonstances, il semble que l'allégation d'un manquement à une obligation fiduciaire pourrait s'avérer plus facile à démontrer et permettrait d'imposer plus rapidement à l'État le fardeau de justifier ses actes ou omissions d'agir.

Il existe donc maintenant trois affaires qui reconnaissent l'existence d'une obligation fiduciaire dans des circonstances particulières entourant la relation de l'État avec les Autochtones, les anciens combattants et les communautés de langue française en situation de minorité dans le domaine de l'éducation.

Partie III - Vers un élargissement généralisé du concept d'obligation fiduciaire envers les communautés linguistiques en situation minoritaire

L'affaire *Commission scolaire francophone du Yukon no 23 c Procureure générale du territoire du Yukon* est importante sur le plan juridique pour les parties à l'instance, mais est d'autant plus intéressante considérant que des problèmes de même nature surviennent ailleurs au Canada, et ce, depuis longtemps²⁰¹. La conclusion de la Cour suprême du Yukon quant à l'existence d'une obligation fiduciaire encadrant la relation du gouvernement du Yukon avec la CSFY pourrait améliorer l'imputabilité gouvernementale dans le transfert de fonds destinés aux commissions scolaires francophones. Il faut donc voir dans cette conclusion une justification de repenser la manière que l'on qualifie la relation entre l'État et les communautés d'expression française en situation minoritaire.

Par exemple, ne serait-il pas possible d'alléguer que le ministère du Patrimoine canadien est lui aussi assujéti à une obligation fiduciaire vis-à-vis les communautés de langue française notamment, considérant qu'il est, par intermédiaire interposé, la source principale de financement de la CSFY ? Ayant décidé de financer des programmes d'éducation dans la langue de la minorité, le ministère du Patrimoine canadien ne pourrait-il pas être tenu responsable de s'assurer que les fonds soient effectivement utilisés à ces fins ?

²⁰¹ Voir par exemple *Soutien financier par le ministre du Patrimoine canadien*, supra note 13 aux pp 22-25.

Il convient à présent de s'interroger sur l'application des principes développés dans les premières parties de cet article pouvant mener à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire étatique au profit des communautés d'expression française dans d'autres contextes²⁰². À cette fin, cette dernière partie de l'article examinera deux situations factuelles fort distinctes. Premièrement, il sera question de savoir si les événements historiques qui ont précédé et suivi l'émission de la *Proclamation royale du 6 décembre 1869* sont à l'origine d'une obligation fiduciaire encadrant les rapports des gouvernements de l'Alberta et de la Saskatchewan avec les communautés métisses et francophones de l'Ouest canadien. Par ailleurs, les faits et de la preuve historique qui fondent l'affaire *R c Caron* seront analysés. Dans un deuxième temps, il sera question de savoir s'il aurait été possible de conclure que la décision exécutive d'abolir le défunt Programme de contestation judiciaire du Canada était invalide, car elle constituait un manquement à une obligation fiduciaire envers les communautés de langues officielles qui en bénéficiaient.

A) L'affaire *R c Caron* et l'engagement de la Couronne envers les francophones de l'Ouest canadien

Si les Canadiens-français étaient les premiers européens à sillonner les rivières et les forêts du Nord-Ouest²⁰³, c'est à la Couronne d'Angleterre que l'histoire attribue la conquête de cette vaste région de l'Amérique du Nord. Séduit par la proposition de Radisson²⁰⁴ et Des Groseilliers²⁰⁵ visant la création d'un empire commercial fondé sur la traite des fourrures²⁰⁶, le Prince Rupert²⁰⁷, compte palatin du Rhin, obtient de son

²⁰² Concernant l'Université d'Ottawa, voir Michel Doucet, *Université d'Ottawa*, supra note 14.

²⁰³ Pierre-Esprit Radisson et Médard Chouart Des Groseilliers ont mené des expéditions au nord et au sud du Lac Supérieur en 1659-1660 à la recherche de nouveaux territoires de fourrures de N-E Dionne, Chouart et Radisson : *Odyssée de deux Canadiens-français au XVIIe siècle*, Québec, Laflamme & Proulx, 1910 ; l'honorable L-A Prud'homme, « Pierre Gaultier de Varennes, Sieur de La Vérendrye, Capitaine des troupes de la Marine, Chevalier de l'Ordre Militaire de Saint-Louis et Découvreur du Nord-Ouest, 1685-1749 » dans *Mémoires de la Société royale du Canada*, vol 11, Ottawa, J Hope et Fils, 1905 à la p 9 (Pierre Gaultier de Varennes, Sieur de La Verendrye (1685-1749) a été le premier européen à naviguer sur la Rivière-Rouge et l'Assiniboine entre 1741 et 1743) ; voir aussi l'honorable L-A Prud'homme, « Les Successeurs de La Vérendrye » dans *Mémoires de la Société royale du Canada*, vol 12, Ottawa, J Hope et Fils, 1906.

²⁰⁴ Pierre-Esprit Radisson est né vers 1640 en France et meurt en 1710 en Angleterre. Il est un explorateur, coureur des bois et pionnier de la Compagnie de la Baie d'Hudson : Grace Lee Nute, « Radisson, Pierre-Esprit », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=1052>.

²⁰⁵ Médard Chouart des Groseilliers est né vers 1618 en France et meurt vers 1696. Il est un explorateur et l'un des fondateurs de la Compagnie de la Baie d'Hudson : Grace Lee Nute, « Chouart des Groseilliers, Médard », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=131>.

²⁰⁶ Paul C Nigol, « Discipline and Discretion in the Mid-Eighteenth-Century Hudson's Bay Company Private Justice System » dans Louis A Knafla, dir, *Laws and Societies in the Prairie West, 1670-1940*, Vancouver, UBC Press, 2005 à la p 150 [Nigol].

cousin, Sa Majesté le roi de l'Angleterre Charles II, le droit exclusif d'exploiter les richesses naturelles du territoire drainé par les rivières se déversant dans la baie d'Hudson, lequel fut nommé la « terre de Rupert ». À cette fin, la Couronne établit la Compagnie de la baie d'Hudson (« CBH ») le 2 mai 1670²⁰⁸. Au cours du prochain siècle, la CBH emploie surtout des Canadien-français, des coureurs des bois, pour assurer le commerce des fourrures sur cet immense territoire²⁰⁹. La naissance des communautés métisses francophones à la fin du 18^e siècle, communautés ayant des identités distinctes, est le résultat des nombreux mariages exogames entre les Canadiens-français et les Autochtones de la terre de Rupert²¹⁰.

Bien que la CBH soit une compagnie anglaise, la population de la terre de Rupert demeure largement francophone²¹¹. Par ailleurs, toutes les lois, ordonnances, et résolutions du Conseil d'Assiniboia étaient publiées en français et en anglais depuis au moins 1845²¹². Rappelons qu'aux termes de sa charte constitutive, la CBH est investie des compétences suivantes :

²⁰⁷ Né à Prague en 1619 et meurt en 1682, il est le fils de Frédéric V du Palatinat et Élisabeth d'Angleterre et le neveu de Charles I^{er}. Il contribue à la rencontre de Radisson, Des Groseilliers et de leurs bailleurs de fonds avec son cousin Charles II. Tous s'uniront pour soutenir le voyage d'exploration du *Nonsuch* en 1668. Il est nommé premier gouverneur de la Compagnie de la Baie d'Hudson en 1670 :

« Gouverneurs : Le Prince Rupert, premier gouverneur de la Compagnie de la Baie d'Hudson », en ligne : Compagnie de la Baie d'Hudson
<<http://www2.hbc.com/hbcheritageff/history/people/governors/princerupert.asp>>.

²⁰⁸ « Minutes of a meeting the Governor and Council of Assiniboia, held at Fort Garry, Red River Settlement, on Thursday, the 19th day of June, 1845 » dans E H Oliver, *Pioneer Legislation: The Canadian North-West, its Early Development and Legislative Records*, vol 1, Ottawa, Government Printing Bureau, 1914 aux pp 135-153 [Oliver].

²⁰⁹ Caron, *Cour provinciale*, supra note 10 aux para 87-88 ; *R c Mercure*, [1988] 1 RCS 234 à la p 249, 48 DLR (4^e) 1 [Mercure].

²¹⁰ Voir généralement *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones : Perspectives et réalités*, vol 4, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1996 aux pp 225-226 ; Maurice Giraud, *Le Métis canadien, son rôle dans l'histoire des provinces de l'Ouest*, Paris, Institut d'ethnographie, 1945 ; Gilles Martel, « Quand une majorité devient une minorité : les Métis francophones de l'Ouest canadien » (1979) 23 : 58 *Cahiers de géographie du Québec* 73 [Martel] ; Jacqueline Peterson, « Many roads to Red River : Métis genesis in the Great Lakes region, 1680-1815 » dans Jacqueline Peterson and Jennifer Brown, dir, *The New Peoples: Being and Becoming Métis in North America*, Winnipeg, University of Manitoba Press, 1985 ; voir aussi *R c Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 RCS 207 aux para 10-11.

²¹¹ Dans une lettre de 1838 à Adam Thom, le premier *Recorder* d'Assiniboia, le gouverneur de la CBH, George Simpson affirme que « the French Language [...] may in a great measure be considered the Language of the Country » ; voir Caron, *Cour provinciale*, supra note 11 ; le *Recorder* est l'équivalent d'un juge pour la terre de Rupert : voir Jacqueline Blay, *Histoire du Manitoba français : Sous le ciel de la Prairie, des débuts jusqu'à 1870*, Saint-Boniface (Manitoba), Les Éditions du Blé, 2010 à la p 147 [Blay].

²¹² Voir Oliver, supra note 208 à la p 326 ; voir également la lettre d'Adam Thom du 25 novembre 1850 commandant l'achat de matériaux d'imprimerie dans laquelle il écrit : « As everything must be printed in French as well as English, we require a supply of accents and cedillas » : Oliver, supra note 208 à la p 367.

to make, ordain, and constitute, such, and so many reasonable Laws, Constitutions, Orders and Ordinances, as [...] shall seem necessary and convenient for the good Government of the said Company, and of all Governors of Colonies, Forts and Plantations, Factors, Masters, Mariners, and other Officers employed or to be employed, in any of the Territories and Lands aforesaid²¹³.

Notamment, la charte de la CBH prévoit explicitement que son conseil a le pouvoir d'adopter des ordonnances et de constituer des tribunaux judiciaires pour assurer la paix, l'ordre et le bon gouvernement dans la terre de Rupert²¹⁴.

L'égalité de statut et d'usage du français et de l'anglais devant les tribunaux est formellement instaurée en 1849, suite à la controverse entourant l'affaire *Hudson's Bay Company v Sayer*²¹⁵. Pierre Guillaume Sayer²¹⁶ est accusé d'avoir enfreint le monopole de la CBH en vendant ses fourrures aux États-Unis²¹⁷. Le Recorder, Adam Thom²¹⁸, avait fait en sorte que le procès de M. Sayer ait lieu le 17 mai 1849, le Jour de l'Ascension²¹⁹, afin d'éviter que Louis Riel père²²⁰, ainsi qu'un groupe important de Métis, ne se rendent au palais de justice le jour de l'audience pour dénoncer la tenue d'un procès devant se dérouler uniquement en anglais²²¹. Louis Riel père demande au prêtre d'entendre une messe à 8 h le matin afin de se

²¹³ *Ibid* aux pp 135-153.

²¹⁴ Nigol, *supra* note 206 aux pp 150-151.

²¹⁵ *HBC v Sayer* (17 mai 1849), General Quarter Court of Assiniboia, Archives provinciales du Manitoba, MG2 B41, bk 1, aux pp 151-54 ; Caron, *Cour provinciale*, *supra* note 10 aux para 123-166.

²¹⁶ Guillaume Sayer est un coureur des bois métis de Saint-François-Xavier (Manitoba) : W L Morton, « Sayer, Pierre-Guillaume », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=3649>.

²¹⁷ Caron, *Cour provinciale*, *supra* note 10 au para 125.

²¹⁸ Adam Thom est un immigrant écossais qui s'est illustré dans la magistrature du Bas-Canada en participant à l'enquête de Lord Durham qui recommande, entre autres, l'assimilation des Canadiens français. Il est reconnu comme un avocat anticatholique et anti Canadien français qui n'a pas peur de s'affirmer comme tel : Blay, *supra* note 211 à la p 146.

²¹⁹ Le Jour de l'Ascension est une fête chrétienne célébrée quarante jours après Pâques. Dans la tradition et la foi chrétienne, elle marque l'élévation au ciel de Jésus de Nazareth après sa résurrection et la fin de sa présence terrestre : « L'Ascension du Christ », en ligne : Conférence des évêques de France <<http://www.eglise.catholique.fr/foi-et-vie-chretienne/la-celebration-de-la-foi/les-grandes-fetes-chretiennes/ascension/l-ascension-du-christ.html>>.

²²⁰ Louis Riel père est né en 1817 à l'île-à-la-Crosse, en Saskatchewan, et est mort en 1864 à Saint-Boniface (Manitoba). Il était fermier et leader des Métis : W L Morton, « Louis Riel », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=4672>.

²²¹ Blay, *supra* note 211 à la p 148.

rendre à l'audience au palais de justice en après-midi²²². Ultimement, Adam Thom est contraint de libérer M. Sayer²²³.

Dans la foulée de cette manifestation populaire, le Conseil d'Assiniboia adopte une résolution prévoyant que l'administration de la justice serait dorénavant assurée par des juges ayant la capacité de s'exprimer en français et en anglais sans l'aide d'un interprète²²⁴. Bien que l'affaire *Sayer* marque le début de l'effritement de l'emprise de la CBH sur la traite des fourrures, son dénouement mène aussi à la reconnaissance officielle du bilinguisme judiciaire et législatif dans la terre de Rupert²²⁵.

La création du Canada soulève la possibilité d'y unir les autres territoires contrôlés par l'Angleterre en Amérique du Nord. L'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*²²⁶ prévoit notamment qu'il sera possible d'unir la terre de Rupert au Canada « sur la présentation d'adresses de la part des chambres du parlement du Canada [...] aux termes et conditions [...] qui seront exprimés dans les adresses et que la Reine jugera convenable d'approuver, conformément à la présente »²²⁷. Dès 1867, la Chambre des communes et le Sénat canadien présentent conjointement une adresse à la Reine lui demandant d'unir la terre de Rupert au Canada²²⁸. Cette adresse, qui fait partie de la Constitution du Canada²²⁹, comprend

²²² *Ibid.*

²²³ *Ibid* à la p 149.

²²⁴ *Oliver, supra* note 208 à la p 352 ; suite à l'affaire *Sayer*, le Conseil d'Assiniboia a obtenu du *Recorder* Adam Thom, l'engagement suivant : « in the future, to address the Court in both languages, in all cases involving either Canadian or Halfbreed interests » : *Ibid.* Les trois autres *Recorders* qui ont succédé à Adam Thom étaient parfaitement bilingues ; voir généralement Roy St George Stubbs, *Four Recorders of Rupert's Land ; A Brief Survey of the Hudson's Bay Company Courts of Rupert's Land*, Winnipeg, Peguis Publishers, 1967.

²²⁵ Dale Gibson, « Company Justice: The Origins of Legal Institutions in Pre-Confederation Manitoba » (1995) 23 *Man L J* 247 aux pp 247-250 ; Dale Gibson, Lee Gibson, *Substantial Justice: Law and Lawyers in Manitoba 1670-1970*, Winnipeg, Peguis, 1972 à la p 37 ; Caron, *Cour provinciale, supra* note 10 au para 166.

²²⁶ *Loi constitutionnelle de 1867* (R-U), 30 & 31 Vict, c 3, reproduite dans LRC 1985, ann II, n°5 [*Loi constitutionnelle de 1867*].

²²⁷ *Ibid*, art 146.

²²⁸ Adresse du Sénat et de la Chambre des communes du dominion du Canada à Sa Majesté la Reine comme annexe A du Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, daté du 23 juin 1870 [*Adresse du Canada*].

²²⁹ L'adresse du Parlement de décembre 1867 est annexée au *Décret en conseil portant adhésion à l'Union de la terre de Rupert et du Territoire du Nord-Ouest, daté du 23 juin 1870* [*Décret en conseil*] lequel est l'un des 30 documents énumérés à l'annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982* et qui en fait partie aux termes de l'alinéa 52(2)b) de cette même loi constitutionnelle.

l'engagement solennel de respecter « les droits des personnes physiques ou morales qui y [sur la terre de Rupert] sont installées et placer ces droits sous la protection des tribunaux compétents »²³⁰. C'est en novembre 1869 que la CBH cède enfin la terre de Rupert à la Reine d'Angleterre²³¹, accomplissant ainsi la première phase de la plus grande transaction immobilière dans l'histoire du Canada.

La même année, le Canada envoie des arpenteurs dans la terre de Rupert pour mesurer l'étendue du territoire qui lui appartiendra. Les Métis de la Rivière-Rouge n'avaient pas été avisés de la cession de leur territoire à la Reine ni de l'éventualité d'un transfert au Canada, ni consultés quant aux conditions de cette transaction. Ils interprètent donc le passage des arpenteurs sur leur territoire comme une intrusion²³². C'est le début de la « résistance » de la Rivière-Rouge²³³. Sous la direction de Louis Riel fils²³⁴, les Métis francophones saisissent le Fort Garry²³⁵ au mois de novembre 1869 ce qui force la Couronne et le Canada à négocier avec les Métis²³⁶. Les Métis craignaient que la cession de leur territoire au Canada entraîne la perte de leurs intérêts fonciers²³⁷, mais également de leur langue et culture face aux vagues d'immigration qui en résulteraient vraisemblablement²³⁸. La Couronne est convaincue que la résistance est causée par des inquiétudes sans fondement. L'ordre est ainsi donné de rassurer les Métis francophones quant à la sécurité de leurs droits advenant l'adhésion au Canada²³⁹. La *Proclamation royale du 6 décembre 1869* est

²³⁰ Adresse du Canada, *supra* note 228.

²³¹ Acte de cession comme annexe C du *Décret en conseil*, *supra* note 229.

²³² George FG Stanley, *Louis Riel*, Toronto, McGraw-Hill Ryerson Ltd, 1963 aux pp 54-59 [*Louis Riel*] ; A S Martin, *A History of the Canadian West to 1870-71*, London, Thomas Nelson & Sons Ltd, 1939 aux pp 876-909.

²³³ *Ibid* à la p 55 ; George FG Stanley, *The Birth of Western Canada : A History of the Riel Rebellions*, Toronto, UTP, 1992 à la p 49.

²³⁴ Louis Riel fils est né en 1844 dans la colonie de la Rivière-Rouge et est mort en 1885 à Régina (Saskatchewan). Il est connu comme le porte-parole des Métis, le fondateur du Manitoba et l'instituteur et chef de la « résistance » de la Rivière-Rouge : Lewis H Thomas, « Louis Riel », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=5796>.

²³⁵ Le Fort Garry était un comptoir de la CBH situé au cœur de l'actuelle ville de Winnipeg, au confluent de la Rivière Rouge et Assiniboine : « Le lieu historique national du Canada La Fourche », en ligne : Parc Canada <http://www.pc.gc.ca/apprendre-learn/prof/itm2-crp-trc/htm/nforks_f.asp>.

²³⁶ Voir généralement Blay, *supra* note 211.

²³⁷ Voir *Manitoba Metis Federation Inc v Canada (PG) et al*, 2010 MBCA 71 (disponible sur CanLII).

²³⁸ Voir généralement François Larocque, « La proclamation du 6 décembre 1869 » (2009) 33 : 2 Man LJ 299 à la p 303 [Larocque] ; *Manitoba Metis Federation Inc et al v Attorney General of Canada et al*, 2007 MBQB 293 (disponible sur CanLII) ; Martel, *supra* note 210.

²³⁹ Larocque, *supra* note 238 à la p 304. Par exemple, dans son discours du trône prononcé le 15 février 1870, le gouverneur général John Young fournit les explications suivantes : « J'ai suivi avec beaucoup d'anxiété le cours des événements, dans les Territoires du Nord-Ouest. De malheureux malentendus quant aux intentions dans lesquelles le Canada cherchait à acquérir le pays, ont conduit à des

émise, en français, en anglais et en cri, par le gouverneur général John Young²⁴⁰ en tant que membre du Conseil privé impérial et représentant de Sa Majesté la Reine d'Angleterre Victoria. La *Proclamation royale du 6 décembre 1869* comprend, entre autres, un engagement en faveur de la protection des droits des Métis qui prévoit ce qui suit²⁴¹ :

Par l'autorité de Sa Majesté, je vous assure donc que sous l'union avec le Canada, tous vos droits et privilèges civils et religieux seront respectés, vos propriétés vous seront garanties, et que votre pays sera gouverné, comme par le passé, d'après les lois anglaises et dans l'esprit de la justice britannique.

By Her Majesty's authority I do therefore assure you, that on the union with Canada all your civil and religious rights and privileges will be respected, your properties secured to you, and that your Country will be governed, as in the past, under British laws, and in the spirit of British justice.

C'est en partie grâce à cet engagement solennel de la Couronne que les Métis acceptent de déposer les armes et de négocier avec le Canada les termes du transfert pacifique de la terre de Rupert²⁴².

La Reine Victoria²⁴³ envoie des émissaires du Canada à la terre de Rupert dans le cadre d'une convention constitutionnelle entre les Métis et le Canada au début de l'hiver 1870²⁴⁴. Les Métis rédigent une liste des droits qui orientera la

complications de nature grave. En vue de les faire disparaître j'ai cru qu'il était désirable d'épuiser tous les moyens de conciliation avant de recourir à d'autres mesures, et les dernières nouvelles m'induisent à espérer que les alarmes non fondées, qu'entretenait une partie des habitants, ont fait place au désir de prêter l'oreille aux explications que je leur ai fait donner » : « Discours du trône » dans *Journaux du Sénat*, vol 3 (15 février 1870), aux pp 11-14 (John Young) ; voir également R-U, HC, « Correspondence relative to the recent disturbances in the Red River Settlement » c 207 dans *Command Papers*, vol L (1870) 293 à la p 20 ; voir généralement Larocque, *supra* note 238 aux pp 303-305.

²⁴⁰ John Young, baron Lisgar, est né en 1807 aux Indes et est mort en 1876 en Irlande. Il fut le deuxième gouverneur général du Canada nommé en 1868 : Charles A. Thompson « Young, sir John, baron Lisgar », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=5333>.

²⁴¹ *Proclamation du 6 décembre 1869*, (1870) 5 *Documents de la session*, n° 12 aux pp 43-46.

²⁴² Caron, *Cour provinciale*, *supra* note 10 au para 485.

²⁴³ La Reine Victoria, reine du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande et impératrice des Indes est née en 1819 et est morte en 1901. Elle a succédé à William IV, son oncle, en 1837, à l'âge de 18 ans : Alan Rayburn, « Victoria », en ligne : l'Encyclopédie canadienne <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0008358>>.

²⁴⁴ Louis Riel, *supra* note 234 aux pp 82-83.

rédaction de la *Loi sur le Manitoba de 1870*²⁴⁵. Les Métis revendiquent la pérennité des droits linguistiques dont ils bénéficiaient sous le régime de la CBH, notamment sur les plans législatif et judiciaire²⁴⁶. C'est à ce moment-là que la Reine Victoria autorise le transfert de la terre de Rupert au Canada aux termes de l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, des adresses du Parlement du Canada, des promesses faites aux cours des négociations constitutionnelles, dont la *Proclamation royale du 6 décembre 1869*, et du *Décret en conseil de 1870*²⁴⁷. La terre de Rupert devient alors la province du Manitoba – un petit territoire d'une superficie de quelques km² entourant Winnipeg – et le Territoire du Nord-Ouest²⁴⁸. Au sein du Canada, certains droits linguistiques des Métis francophones étaient désormais protégés et codifiés à l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba*²⁴⁹ et, après 1877, à l'article 11 de *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*²⁵⁰. En 1905, le Parlement du Canada crée les provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan, lesquelles sont excisées à même le Territoire du Nord-Ouest et sont régies par les règles qui y étaient en place avant leur création²⁵¹.

Le Parlement canadien avait prévu que les nouvelles provinces de l'Alberta et de la Saskatchewan soient assujetties au bilinguisme législatif et judiciaire ; or, dans les faits, le français et l'anglais n'auront jamais joui d'un statut égal devant les tribunaux et dans la législation²⁵². Cette pratique sera enfin avalisée par les Assemblées législatives de l'Alberta et de la Saskatchewan suite à la décision *R c Mercure*²⁵³ de la Cour suprême du Canada, et ce, sans égard aux engagements exprès de la Couronne et du Canada de préserver les « droits » des habitants du territoire, maintenant devenus minoritaires. Les Assemblées législatives de ces deux provinces

²⁴⁵ *Loi modifiant et prorogeant la loi 32-33 Victoria, chapitre 3, et concernant l'organisation du gouvernement du Manitoba, 1870*, 33 Vict, c 3 (Canada) [*Loi de 1870 sur le Manitoba*].

²⁴⁶ Caron, *Cour provinciale*, *supra* note 10 aux para 182-183, 273-274 et 299-300.

²⁴⁷ *Décret en conseil*, *supra* note 229.

²⁴⁸ Ce nouveau territoire comprenait ce qui est aujourd'hui, la Saskatchewan, l'Alberta, le Nunavut, le Yukon, les territoires du Nord-Ouest et une grande partie du Manitoba, de l'Ontario, du Québec et du Labrador : « Territoires du Nord-Ouest », en ligne : Patrimoine canadien <<http://www.pch.gc.ca/pgm/ceem-cced/symb/101/119-fra.cfm>>.

²⁴⁹ *Renvoi relatif aux droits linguistiques au Manitoba*, [1992] 1 RCS 212 aux pp 214 et 216, 88 DLR (4^e) 385.

²⁵⁰ L'article 11 est devenu l'article 110 après la refonte des lois fédérales de 1886 : *R c Mercure*, *supra* note 209.

²⁵¹ *Loi concernant l'Alberta*, 1905, 4-5 Éd VII, c 3 (Canada) ; *Loi concernant la Saskatchewan*, 1905, 4-5 Éd VII, c 42 (Canada).

²⁵² *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*, SRC 1886 c 50, art 110 abrogé et remplacé par 1891, 54-55 Vict c 22, art 18 ; F Larocque, M Power et M Doucet, « L'archéologie d'un pacte constitutionnel oublié : la proclamation royale du 6 décembre 1869 » dans Sophie Bouffard, dir, *Le statut du français dans l'Ouest canadien : la cause Caron*, Cowansville (Qc), Yvon Blais [à paraître en 2012].

²⁵³ *R c Mercure*, *supra* note 209. L'Alberta et la Saskatchewan adoptent des lois pour mettre fin à leurs obligations à l'égard des langues officielles. Voir *Loi linguistique*, RSA 2000, c L-6 et LS 1988-89, c L-6.1.

n'étaient pas habiletés à abolir ces obligations linguistiques puisqu'il aurait fallu modifier la Constitution pour arriver à un tel résultat.

Se pourrait-il que les gouvernements de l'Alberta et de la Saskatchewan soient liés par une obligation fiduciaire encadrant leurs relations avec les populations d'expression française de leurs provinces ? En vertu de cette obligation, ils devraient assurer la pérennité des droits reliés au statut du français dont jouissaient les aïeux francophones de l'Ouest au moment où s'est cristallisée cette obligation. Cette obligation inclurait donc, au minimum, la nécessité de rétablir le bilinguisme législatif et judiciaire qui existait en 1869 sur le territoire de la terre de Rupert.

Il importe donc d'analyser la situation au regard des critères de l'obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental énoncés par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Alberta c Elder*. En premier lieu, tant la Couronne que l'État canadien s'étaient engagés expressément à agir dans le meilleur intérêt des communautés métisses francophones. En effet, la Couronne a reconnu, en 1869, qu'elle était aux prises avec une résistance soutenue sur le territoire de la terre de Rupert et la correspondance officielle du moment démontre qu'elle s'est employée à rassurer les populations métisses francophones quant au maintien de leurs droits linguistiques afin de permettre le transfert pacifique de ce territoire au Canada²⁵⁴. Le gouverneur général Young a mandaté Donald Smith²⁵⁵, son émissaire à la Rivière-Rouge, « [to] explain to the inhabitants the principles on which the misapprehensions which may exist on the subject »²⁵⁶. La *Proclamation royale du 6 décembre 1869* a été émise justement en raison de cette volonté de rassurer les Métis francophones des bonnes intentions de la Couronne et du Canada afin que les Métis francophones acceptent l'adhésion de la terre de Rupert au Canada. Ce même engagement avait déjà été pris par l'État canadien dans les adresses du Sénat et de la Chambre des communes du Canada à Sa Majesté la Reine en décembre 1867. De plus, la participation des représentants du Canada à la Convention constitutionnelle avec les Métis francophones – spécifiquement les représentations de Donald Smith à l'effet que la continuité du bilinguisme judiciaire et législatif était une évidence²⁵⁷ – ont

²⁵⁴ Larocque, *supra* note 238 aux pp 302-311.

²⁵⁵ Donald Smith, 1^{er} baron Strathcona et Mount Royal est né en 1820 en Écosse et meurt en 1914 à Londres. Il était un fonctionnaire de la CBH, un homme d'affaires, un politicien et un diplomate. En 1869, sir John A MacDonal, le Premier ministre du Canada, nomma Smith commissaire spécial afin de trouver un règlement pour éliminer les tensions grandissantes dans la terre de Rupert : Alexander Reford, « Smith, Donald, 1^{er} baron Strathcona et Mount Royal », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://www.biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=7710>.

²⁵⁶ Lettre de Joseph Howe à Donald Smith, 10 décembre 1869, dans R-U, HC, « Correspondance relative to the recent disturbances in the Red River Settlement » c 207 dans *Command Papers*, vol L (1870) 293 à la p 51.

²⁵⁷ Caron, *Cour provinciale*, *supra* note 10 au para 76.

certainement eu pour effet de créer des attentes légitimes chez les membres des communautés métisses francophones à l'effet que le statut du français serait protégé. Tous ces engagements solennels, tant ceux de la Couronne que ceux du Canada, avaient comme unique but de réaliser l'objectif énoncé à l'article 146 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, c'est-à-dire « d'admettre la [t]erre de Rupert [...] dans l'union »²⁵⁸. Ces engagements ont été réitérés suite au transfert et au moment de la création de la province de l'Alberta et de la Saskatchewan, comme le démontre le discours du sénateur Bernier²⁵⁹ du 14 juillet 1905 :

Par ces proclamations et ces promesses le gouvernement devint une des parties aux promesses impériales. Je puis encore mentionner l'effort évident fait par les plus hautes autorités du pays et de l'empire dans le but de respecter les droits de la population, quels que fussent le nombre et la couleur de ses membres. Et ces droits sont, évidemment, ceux mentionnés dans le bill des droits reconnus par la compagnie de la Baie d'Hudson pendant une période qui remonte à 1851. [...] Permettez-moi d'ajouter ici que, trop souvent, nous lisons dans une certaine presse du pays que, y eût-il pacte entre le peuple des Territoires et les autorités, ce pacte n'aurait été fait qu'avec quelques métis et que la population de race blanche établie dans ces régions n'est pas liée pour toujours par ce pacte. Voilà une doctrine qui résonne mal à l'oreille d'un peuple qui respecte la loi [...] Toute nation, tout corps public, tout gouvernement est tenu de respecter ses engagements [...] Le pacte existant n'a pas été fait seulement avec les premiers colons du Nord-Ouest. Il a été fait également avec les colons en perspective [Nous soulignons].²⁶⁰

En second lieu, les communautés métisses et francophones représentent manifestement un groupe défini qui est vulnérable envers l'État canadien et la Couronne. En effet, ces communautés jouissaient de certains droits linguistiques sous le régime de la CBH, notamment dans les domaines judiciaires et législatifs.

²⁵⁸ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 226, art 146.

²⁵⁹ Thomas-Alfred Bernier est né en 1844 au Bas-Canada et est mort en 1908 à Saint-Boniface au Manitoba. Il était un journaliste, avocat, fonctionnaire, homme politique et auteur. Il fut nommé au Sénat en 1892 : Jean-Marie Taillefer, « Bernier, Thomas-Alfred », en ligne : Dictionnaire biographique du Canada en ligne <http://biographi.ca/009004-119.01-f.php?&id_nbr=6557>.

²⁶⁰ Débats du Sénat du Dominion du Canada, 1905, à la p 763 (Bernier) ; voir également l'intervention de l'honorable Frederick Monk pendant l'étude en comité du projet de loi 69 sur l'Alberta. Il propose un amendement au projet de loi calqué sur l'article 110 de la *Loi sur les territoires du Nord-Ouest*. En introduisant son projet de loi, l'honorable Frederick Monk précise que son objet n'était pas d'introduire le bilinguisme officiel dans les nouvelles provinces de l'Ouest, mais plutôt « to maintain the constitutional provision in the law of the Northwest Territories which has always existed from time immemorial and it is also sought to secure the maintenance of the solemn agreement which was entered into when Rupert's Land was incorporated into and became a part of the Dominion of Canada ». L'honorable Frederick Monk inclut la *proclamation royale du 6 décembre 1869* dans son survol des événements et des représentations qui ont fait de la langue française un enjeu central de la cession de la Terre de Rupert et qui ont donné lieu à « an agreement of a most binding nature » : Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada, 1905, Volume 5, aux pp 8532-8533.

Ces communautés sont devenues vulnérables lors du transfert au Canada puisque la Couronne détenait un large pouvoir discrétionnaire dans la gestion de ses colonies de peuplement. Elle avait le pouvoir de procéder au transfert de la terre de Rupert sans égards à leurs intérêts ou à leurs droits reconnus sous le régime précédent dont leurs droits linguistiques²⁶¹.

En troisième lieu, les gestes posés par la Couronne et le Canada ont eu des effets très néfastes sur les intérêts juridiques et pratiques des communautés métisses et francophones, situation nettement incompatible avec les engagements pris notamment dans la *Proclamation royale du 6 décembre 1869*²⁶². Le français et l'anglais ne bénéficient pas aujourd'hui d'une égalité de statut et d'usage devant les tribunaux et dans la législature sur le territoire qui constituait à l'époque la terre de Rupert, sauf peut-être au Québec et au Manitoba²⁶³. Le statut du français en Alberta est très limité et dépend surtout d'accommodements administratifs ponctuels²⁶⁴. La situation en Saskatchewan n'a rien à envier à l'Alberta²⁶⁵. En effet, le taux de transfert linguistique en Saskatchewan, c'est-à-dire « la propension d'une personne à parler le plus souvent, à la maison, une langue qui diffère de sa langue maternelle »²⁶⁶, est de 74 % et en Alberta, il est de 69 %, deux des taux les plus élevés au Canada²⁶⁷.

Ainsi, à notre avis, les trois critères de l'affaire *Alberta c Elder* sont rencontrés. Il est possible de conclure que la Couronne et le gouvernement canadien ont une obligation fiduciaire envers les communautés métisses francophones en lien notamment avec les promesses faites lors du transfert de la terre de Rupert au Canada. Cette obligation fiduciaire fait en sorte qu'il serait indiqué d'exiger que les gouvernements de l'Alberta et de la Saskatchewan respectent les promesses faites en 1869 aux communautés métisses et francophones par la Couronne et par le Canada.

²⁶¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 226, art 146.

²⁶² *Loi de 1871 sur l'Amérique du Nord britannique*, 34-35 Vict, c 28 (R-U).

²⁶³ Ces deux exceptions s'expliquent en raison de l'article 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, supra note 226 pour le Québec et de l'article 23 de la *Loi sur le Manitoba de 1870*, supra note 245.

²⁶⁴ Voir généralement *Loi linguistique*, RSA 2000, c L-6.

²⁶⁵ Voir généralement *Loi linguistique*, LS 1988-89, c L-6,1, art 11.

²⁶⁶ « La dynamique des langues en quelques chiffres : Tableaux », en ligne : Secrétariat à la politique linguistique <<http://www.spl.gouv.qc.ca/documentation/rapportsondagesstatistiques/dynamique-deslangues/tableaux/>>.

²⁶⁷ Statistique Canada, *Le portrait linguistique en évolution, Recensement 2006* : 97-555-XIF au catalogue.

B) La décision discrétionnaire d'abolir le Programme de contestation judiciaire du Canada

En 2006, à la suite d'un examen des dépenses du gouvernement fédéral entrepris par le ministre des Finances et le président du Conseil du Trésor, la ministre du Patrimoine canadien décide de cesser d'apporter un soutien financier au Programme de contestation judiciaire du Canada (« PCJ ») et au programme des droits linguistiques de cet organisme²⁶⁸. Plusieurs plaintes ont été déposées au Commissariat aux langues officielles du Canada, tant par des particuliers que par la fédération des communautés francophones et acadienne du Canada (« FCFA »)²⁶⁹. Une demande a été déposée par la FCFA à la Cour fédérale²⁷⁰. Le litige qui s'ensuit concernait la portée et l'intensité de la révision judiciaire d'une décision du gouvernement fédéral qui consistait à éliminer un programme existant et essentiel au maintien, au développement et à l'épanouissement des communautés de langue officielle²⁷¹. Le PCJ épaulait les communautés de langue officielle en situation minoritaire qui devaient faire appel aux tribunaux en vue de défendre leurs droits. Étant donné que ces communautés étaient les plus vulnérables aux dangers de la règle de la majorité²⁷², le PCJ était d'importance capitale. La preuve versée au dossier démontrait incontestablement que le PCJ a contribué directement et considérablement à l'avancement des droits linguistiques au Canada. La preuve démontrait par ailleurs que le PCJ a favorisé l'épanouissement et le développement

²⁶⁸ Dossier de la Fédération des communautés francophones et acadienne (« FCFA »), Affidavit de Noël AJ Badiou, dossier de la Cour fédérale no T-622-07 au para 5, à la p 15, ainsi que la lettre de la ministre Oda à l'onglet « A » dudit affidavit, à la p 19 ; Dossier de la FCFA, Affidavit de Guy Matte, dossier de la Cour fédérale no T-622-07 au para 25, à la p 50 [*Affidavit de Guy Matte*] ; Dossier de la FCFA, Affidavit de Jean-Guy Rioux, dossier de la Cour fédérale no T-622-07 au para 15, à la p 858 du dossier, ainsi que le communiqué retrouvé à l'onglet « C » dudit affidavit, aux pp 873-884 [*Affidavit de Jean-Guy Giroux*] ; voir généralement *La décision qui ne sera jamais rendue*, supra note 11.

²⁶⁹ La FCFA est le porte-parole principal des 2,5 millions de francophones vivant dans neuf provinces et trois territoires. Elle s'est donnée le mandat « d'être la voix nationale, active, engagée et inclusive des communautés francophones et acadiennes du Canada, vouée à la promotion de la dualité linguistique, au développement de la capacité de vivre en français d'un bout à l'autre du pays et à la pleine participation des citoyens et des citoyennes francophones à l'essor du Canada » : « Qui sommes-nous », en ligne : Fédération des communautés francophones et acadienne du Canada <http://www.fcfa.ca/fr/Qui_Nous_Sommes_1> ; voir généralement Rapport d'enquête intérimaire du Commissaire aux langues officielles, à la pièce PS-1 de Dossier du Procureur général, Affidavit de Pablo Sobrino, dossier de la Cour fédérale no T-622-07.

²⁷⁰ *FCFA c R*, supra note 11. Quiconque a saisi le Commissaire aux langues officielles d'une plainte visant la partie VII de la *Loi sur les langues officielles* peut former un recours devant la Cour fédérale sous la partie X de la *Loi sur les langues officielles*. La Cour peut alors accorder la réparation qu'elle estime convenable et juste eu égard aux circonstances : *LLO*, supra note 17, art 77(1) et (4).

²⁷¹ *Affidavit de Guy Matte*, supra note 268 aux paras 13, 14, 15 et 26, aux pp 48-50 ; Dossier de la FCFA, Affidavit de Pierre Foucher, dossier de la Cour fédérale no T-622-07 aux pp 807-838 [*Affidavit de Pierre Foucher*] ; *Affidavit de Jean-Guy Rioux*, supra note 268 au para 14, à la p 858 ainsi que la liste non exhaustive de causes impliquant la demanderesse ou ses membres qui ont été bénéficiaires du PCJ, retrouvée à la pièce « B » dudit affidavit, aux pp 870-871.

²⁷² *Doucet-Boudreau*, supra note 135 au para 21 ; *Affidavit de Jean-Guy Rioux*, supra note 268 au para 21, pp 859-861, ainsi que l'extrait du Hansard du 17 octobre 2006, retrouvé à la pièce « F », pp 896-936.

des communautés de langue officielle en situation minoritaire²⁷³. La Cour fédérale était saisie de questions très précises. La FCFA ne demandait pas la reconnaissance d'un statut constitutionnel à un programme précis du gouvernement fédéral. Il n'était pas non plus question dans cette affaire de l'obligation statutaire ou constitutionnelle du gouvernement fédéral de maintenir indéfiniment des programmes dont bénéficiaient les communautés de langue officielle²⁷⁴, par exemple advenant une crise budgétaire sévère²⁷⁵. L'obligation statutaire ou constitutionnelle du gouvernement fédéral de créer de nouveaux programmes de la sorte n'était pas non plus en litige. La Cour fédérale était uniquement invitée à préciser certaines des bornes du contrôle judiciaire d'un processus décisionnel ayant conduit à la décision d'éliminer un programme fédéral unique, bien établi et essentiel sur lequel dépendaient les communautés de langue officielle du pays.

Il était allégué que la décision d'éliminer le PCJ était illégale et déraisonnable parce qu'elle violait une exigence explicite de consultation imposée par la partie VII de la *LLO*, elle a été prise sans tenir compte de la partie VII de la *LLO*, parce qu'elle était contraire à l'article 16 de la *Charte* et a été prise sans tenir compte de ce paragraphe, parce qu'elle était contraire au principe constitutionnel de la protection des minorités et a été prise sans tenir compte de ce principe et parce qu'elle a été prise en se fondant sur des considérations non pertinentes qui ne devaient pas être prises en considération²⁷⁶. Il était aussi prétendu, de manière subsidiaire, que la décision d'abolir le PCJ constituait un manquement à une obligation fiduciaire encadrant la relation entre le gouvernement fédéral et les communautés de langue officielle en situation minoritaire. La partie VII de la *LLO* venait tout juste d'être modifiée par le Parlement, transformant du coup l'engagement du gouvernement du Canada de favoriser l'épanouissement des minorités francophones et anglophones du Canada et d'appuyer leur développement en imposant l'obligation de prendre des mesures positives pour mettre en œuvre cet engagement et en prévoyant qu'il serait désormais justiciable des tribunaux²⁷⁷. Le débat devant la Cour fédérale portait donc surtout sur l'interprétation et l'application

²⁷³ *Affidavit de Pierre Foucher*, *supra* note 271 aux pp 807-838.

²⁷⁴ Voir par exemple *Lalonde*, *supra* note 17 aux paras 90-95.

²⁷⁵ Voir par exemple *Terre-Neuve (Conseil du Trésor) c NAPE*, 2004 CSC 66, [2004] 3 RCS 381. Nous ne sommes pas en présence d'une crise financière en l'espèce : voir *Affidavit de Jean-Guy Rioux*, *supra* note 268 au para 24, à la p 862, ainsi que le communiqué du 25 septembre 2006, aux pp 872-884 (le surplus budgétaire est mentionné à la p 874 du dossier).

²⁷⁶ *FCFA c R*, *supra* note 11, Avis de demande, 24 octobre 2006.

²⁷⁷ *LLO*, *supra* note 17, art 41(1) et 77(1) ; voir Canada PL S-3, *Loi modifiant la Loi sur les langues officielles (promotion du français et de l'anglais)*, 1^{re} session, 38^e législature, 53 Elizabeth II, 2004, en ligne: Parlement du Canada <http://www.parl.gc.ca/Content/SEN/Bills/381/public/S-3/S-3_3/S-3_text-f.htm>.

de la « nouvelle » partie VII de la LLO²⁷⁸. Étonnamment, l'une des premières questions posées par le juge président l'audience devant la Cour fédérale portait sur l'allégation d'un manquement à une obligation fiduciaire²⁷⁹.

Le volet linguistique du PCJ a été rétabli sans qu'un jugement ne soit rendu puisqu'une transaction est intervenue entre les parties à la dernière heure²⁸⁰. Il n'est évidemment pas possible de savoir si la Cour fédérale allait aborder l'allégation d'un manquement à une obligation fiduciaire dans son jugement. Toujours est-il que le ministre des Finances et le président du Conseil du trésor entreprennent régulièrement un examen des dépenses. Il en résulte régulièrement des décisions qui affectent directement ou de manière démesurée les communautés d'expression francophone en situation minoritaire²⁸¹. Il est donc intéressant de s'attarder à la conclusion que la Cour fédérale aurait pu tirer sur la base du dossier de preuve présenté quant à l'allégation d'un manquement à une obligation fiduciaire s'il n'y avait pas eu de transaction de règlement dans ce litige.

²⁷⁸ *FCFA c R, supra* note 11, Mémoire de la FCFA aux para 72-93 [*FCFA, Mémoire*]; *FCFA c R, Mémoire* du Procureur général du Canada aux para 64-78.

²⁷⁹ Notes du professeur Power, qui était avocat au dossier. L'audience a eu lieu dans la semaine du 25 février 2008 à Fredericton. L'honorable juge Luc Martineau est membre du Barreau du Québec depuis 1978. Il a pratiqué le droit en pratique privée jusqu'à sa nomination à la Cour fédérale en 2002.

²⁸⁰ Un avis de désistement a été déposé au bureau du greffe à Vancouver, la veille de la date à laquelle le juge Martineau s'était engagé à rendre son jugement; le Programme d'appui aux droits linguistiques (PADL), financé par Patrimoine canadien est géré par l'Université d'Ottawa depuis 2009. Le PADL bénéficie d'un budget annuel de 1,5 millions \$. Le PADL offre de l'aide financière aux personnes, groupes ou organismes sans but lucratif qui allèguent une violation de leurs droits linguistiques constitutionnels. L'aide financière du PADL vise à aider ces groupes ou personnes à avoir accès à des modes alternatifs de résolution de conflits dans le but de régler leur différend sans avoir à se présenter devant les tribunaux. Si ces modes alternatifs de résolution de conflits échouent malgré des efforts de bonne foi, les demandeurs peuvent déposer une demande de financement auprès du PADL pour des recours judiciaires. Le PADL a également un volet d'information et de promotion : « Qui sommes-nous », en ligne : PADL <http://www.padl-irsp.uottawa.ca/index.php?option=com_content&view=article&id=46%3Awho-we-are&Itemid=99&lang=fr>; *FCFA c R, supra* note 11 [Règlement hors cour], datée le 10 juin 2008.

²⁸¹ Par exemple, Instituts de recherche en santé du Canada, « Initiative de recherche sur les communautés de langue officielle en situation minoritaire – Plan stratégique 2006-2010 », en ligne : Instituts de recherche en santé du Canada <<http://www.cihr-irsc.gc.ca/f/39495.html>>; voir également le discours de Graham Fraser devant le comité permanent des langues officielles du 25 octobre 2011 : Graham Fraser, « Comparaison devant le comité permanent des langues officielles à l'occasion du dépôt du rapport annuel 2010-2011 », 25 octobre 2011, en ligne : Commissariat aux langues officielles <http://www.ocol-clo.gc.ca/html/speech_discours_25102011_f.php>; voir également les débats du Sénat, en ligne : Maria Chapat <<http://www.mariachapat.ca/fr/hill/313-question-official-languages-cancellation-of-funding-for-official-language-minority-community-health-research.html>>; voir également, les débats du Sénat, en ligne : Maria Chapat <<http://www.mariachapat.ca/fr/hill/311-question-official-languages-promoting-linguistic-duality.html>>.

Le PCJ voit le jour en 1978²⁸². Géré initialement par le Secrétariat d'État, le PCJ offre un financement partiel à des parties soulevant des questions en litige importantes et nouvelles dans le domaine des droits linguistiques²⁸³. Le mandat du programme est ensuite élargi pour inclure des litiges linguistiques sous la *Charte*²⁸⁴ ainsi que des litiges contestant des lois, des politiques et des pratiques fédérales portant sur le droit à l'égalité également protégé dans la *Charte*. Ce programme est toutefois aboli en 1992, conséquence des coupures budgétaires du gouvernement fédéral²⁸⁵. Son abolition est vivement dénoncée et il est rétabli en 1994²⁸⁶.

Le « nouveau » PCJ est une société incorporée²⁸⁷. Cet organisme sans but lucratif, indépendant du gouvernement fédéral sans toutefois bénéficier de sa propre loi habilitante, recevait son financement du ministère du Patrimoine canadien²⁸⁸. Ces fonds étaient affectés au PCJ aux termes d'un accord de contribution quinquennal intervenu entre le ministère du Patrimoine canadien et le PCJ²⁸⁹. L'accord de contribution avait été renouvelé une fois de plus en 2004 et devait prendre fin en 2009²⁹⁰.

La décision d'abolir le PCJ a pris les communautés de langue officielle en situation minoritaire par surprise. Le PCJ avait jusqu'alors eu des répercussions

²⁸² FCFA, *Mémoire*, supra note 278 au para 15.

²⁸³ Des litiges soulevant des questions principalement sur les articles 93 et 133 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'article 23 de la *Loi de 1870 sur le Manitoba* ; *Affidavit de Guy Matte*, supra note 268 aux paras 13-14 à la p 48 ; voir généralement I Brodie, « Interest Group Litigation and the Embedded State : Canada's Court Challenges Program » (2001) *Revue canadienne de science politique* 357 ; I Brodie, *Friends of the Court – The Privileging of Interest Group Litigants in Canada*, Albany, State University of New York Press, 2002 aux pp 106-121 ; K Marshall, « Should the Court Challenges Program be Terminated?: The Relevance of the Judicial Review Debate » (1995) 6 *Windsor Rev Legal & Soc Issues* 157. Depuis 2006, Ian Brodie est le chef de cabinet du premier ministre du Canada.

²⁸⁴ Les articles 2b), 16 à 20 et 23 de la *Charte*, supra note 130.

²⁸⁵ *Affidavit de Guy Matte*, supra note 268 au para 16 à la p 49

²⁸⁶ *Ibid* au para 17 à la p 49.

²⁸⁷ FCFA, *Mémoire*, supra note 278 au para 18.

²⁸⁸ *Ibid*.

²⁸⁹ Les parties ont convenu que le montant de 750 000 \$ serait alloué pour l'administration du PCJ. Un montant de 1,41 millions de dollars par année serait accordé aux causes de droit à l'égalité et un montant de 470 000 \$ serait accordé annuellement aux causes sur les droits linguistiques : *Affidavit de Guy Matte*, supra note 268 aux para 48, 50 aux pp 50, 55, ainsi que l'accord de contribution du 16 novembre 2004, retrouvé à l'onglet « H » dudit affidavit aux pp 745-765.

²⁹⁰ PCJ, « Rapport annuel 2006-2007 » 2007 à la p 8, en ligne : PCJ <http://www.cccpcj.ca/documents/PCJC-RA2007%28fr%29.pdf> [PCJ, *Rapport annuel*].

importantes sur la jurisprudence canadienne en matière de droits linguistiques²⁹¹. L'évaluation sommative du PCJ de 2003 était hautement positive et précisait que ce programme contribuait à la protection et à l'épanouissement des communautés de langue minoritaire au Canada ainsi qu'à leur accès aux tribunaux en finançant des poursuites qui visaient à clarifier les dispositions constitutionnelles fondamentales en droits linguistiques²⁹². Cette évaluation commandée par le ministère du Patrimoine canadien ne soulevait aucun doute quant à la pertinence et l'importance du PCJ pour les communautés linguistiques en situation minoritaire du Canada.

Selon le gouvernement fédéral, la décision de résilier l'entente de contribution au PCJ était justifiée puisque celui-ci n'avait pas « l'intention d'adopter des lois inconstitutionnelles. Nous avons l'intention de respecter la Constitution. Nous n'avons pas l'intention de payer des avocats libéraux pour contester des lois inconstitutionnelles »²⁹³. La décision avait été prise sans consulter les communautés de langue officielle en situation minoritaire ni les employés du ministère du Patrimoine canadien, incluant le sous-ministre²⁹⁴.

Ces circonstances établissent-elles un manquement à une obligation fiduciaire ? La décision d'annuler le PCJ touchait directement les intérêts juridiques et pratiques des communautés linguistiques du Canada. Cette façon de prendre une décision lourde de conséquences pour les minorités de langue officielle faisait fi du processus mis en place par le gouvernement du Canada par rapport à la protection et au développement des communautés de langue officielle. Cette décision faisait également violence aux attentes raisonnables des communautés d'expression française du pays. Sans ce programme, certaines communautés n'auraient pas les moyens de contester des décisions prises par des entités gouvernementales fédérales, provinciales ou territoriales sans égards à leurs droits constitutionnels. Ainsi, il est raisonnable de croire que la Cour fédérale aurait conclu qu'au moins un des trois critères nécessaires à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental énoncés dans l'affaire *Alberta c Elder* était rempli.

²⁹¹ Le PCJ a approuvé 304 demandes de soutien financier ce qui a permis d'obtenir des jugements dans 51 causes à différentes étapes incluant de nombreuses décisions de principe : *Affidavit de Pierre Foucher*, *supra* note 271 aux pp 807-838.

²⁹² *Affidavit de Guy Matte*, *supra* note 268 au para 20 à la p 49 du dossier ainsi que l'évaluation sommative retrouvée à la pièce « D » dudit affidavit aux pp 677-734 du dossier.

²⁹³ *Affidavit de Jean-Guy Rioux*, *supra* note 268 aux paras 19, 20 à la p 859, ainsi que l'extrait du *Hansard* du 26 septembre 2006 retrouvé à la pièce « E » dudit affidavit aux pp 894-895. Concernant la réaction de la Chambre des communes, voir Chambre des communes, *Hansard révisé* (17 octobre 2006) aux pp 5-52 ; Chambre des communes, *Hansard révisé* (19 octobre 2006) aux pp 79-84.

²⁹⁴ Dossier de la défenderesse, affidavit d'Hubert Lussier, dossier de la Cour fédérale no T-622-07 au para 11, 19, 25, 133, pièces HL 1, HL 2, HL 4 et HL 20 ; Dossier de la FCFA, Contre-interrogatoire d'Hubert Lussier aux pp 1130-1132, 1158-1159 et 185 ; Dossier de la FCFA, Contre-interrogatoire de Pablo Sobrino aux pp 1364-1365 ; Dossier de la FCFA, Contre-interrogatoire de Michel Bouchard aux pp 1376-1377 ; *Affidavit de Jean-Guy Rioux*, *supra* note 268 aux para 17, 26 aux pp 859, 862 du dossier.

De plus, il est tout aussi raisonnable de croire que les circonstances permettaient de conclure à l'existence d'un engagement exprès de la part du gouvernement fédéral d'agir dans le meilleur intérêt des communautés de langue officielle en situation minoritaire ce qui aurait rempli le premier critère quant à l'existence d'une obligation fiduciaire dans le contexte gouvernemental, selon l'affaire *Alberta c Elder*²⁹⁵. Le gouvernement fédéral s'était expressément engagé à respecter les termes d'une entente quinquennale aux termes de laquelle il remettait au PCJ 470 000 \$ annuellement pour appuyer des recours dans le domaine des droits linguistiques²⁹⁶. Le financement du PCJ était une mesure positive aidant à réaliser l'engagement du gouvernement fédéral de favoriser l'épanouissement des minorités de langue officielle du Canada et d'appuyer leur développement. Il aurait peut-être été possible pour la Cour fédérale d'ancrer un engagement exprès de financer le PCJ dans la partie VII de la *LLO* comme elle semble l'avoir fait au moins dans une autre instance²⁹⁷. Le gouvernement fédéral a toutefois toujours résisté à la suggestion que la partie VII de la *LLO* soit la source d'une obligation de prendre des mesures positives précises²⁹⁸.

Cependant, il est possible que la Cour fédérale ait eu de la difficulté à identifier un groupe défini qui est vulnérable dans sa relation avec le gouvernement fédéral et donc que le deuxième critère de l'affaire *Alberta c Elder* ne serait pas rempli. En l'espèce, les bénéficiaires du financement accordé par le PCJ sont variés incluant des particuliers, des associations sans but lucratif et des institutions créées par une loi. Il résulte peut-être de cette diversité, des bénéficiaires insuffisamment définis pour permettre que ce critère nécessaire à la reconnaissance d'une obligation fiduciaire soit rempli. L'existence d'une obligation fiduciaire le cas échéant, serait-elle limitée aux communautés d'expression française les plus démunies ? Certaines des communautés anglophones du Québec seraient-elles suffisamment en position de vulnérabilité pour remplir ce critère ? Qu'en est-il de la communauté francophone majoritaire du Québec qui, elle aussi, pouvait se prévaloir du financement du PCJ ?

En définitive, cet exemple semble démontrer que le concept d'obligation fiduciaire ne protège pas automatiquement les communautés linguistiques en

²⁹⁵ PCJ, *Rapport annuel*, supra note 290 à la p 8.

²⁹⁶ *Affidavit de Guy Matte*, supra note 268 aux para 48, 50 aux pp 50, 55, ainsi que l'accord de contribution du 16 novembre 2004, retrouvé à l'onglet « H » dudit affidavit aux pp 745-765.

²⁹⁷ *Picard*, supra note 19 ; *Péninsule acadienne (Forum des maires) c Canada (Agence de l'inspection des aliments)*, 2003 CF 1048, [2004] 1 RCF 136.

²⁹⁸ *Affaire du recensement*, supra note 19 ; *Picard*, supra note 19 au para 73, 74 ; *Commissaire aux langues officielles c CBC/Radio-Canada*, no de dossier de la Cour fédérale T-1288-10.

situation minoritaire et dans toutes les circonstances. Comme le souligne la juge en chef McLachlin dans l'affaire *Alberta c Elder*, « une application rigoureuse des conditions générales pour imposer une obligation fiduciaire limitera forcément les cas où l'on peut conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État »²⁹⁹. Cependant, lorsque l'État s'engage expressément à agir dans le meilleur intérêt des francophones hors Québec qui se trouvent en situation de vulnérabilité et que cela affecte les intérêts juridiques et pratiques de ces communautés, il pourrait avoir lieu de conclure que l'État est assujéti à une obligation fiduciaire envers les communautés de langue officielle et doit donc respecter cet engagement. Ainsi, tel qu'il a déjà été mentionné, il serait peut-être possible de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire dans la relation de l'État avec les communautés de langue officielle en situation de vulnérabilité par rapport à d'autres programmes financés directement ou indirectement par le gouvernement fédéral. Le plan d'action sur les langues officielles³⁰⁰ constituerait-il un engagement exprès envers les communautés linguistiques minoritaires d'agir dans leurs meilleurs intérêts ?

CONCLUSION

L'obligation fiduciaire intervient dans le cadre de relations où l'une des parties dépend de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autre. Cette obligation exige que le fiduciaire fasse preuve de loyauté absolue envers le bénéficiaire dans la gestion de ses affaires. Il est généralement réservé au droit privé, mais il arrive toutefois que les tribunaux reconnaissent que l'État est le fiduciaire de certaines catégories d'individus ou de communautés. Il serait loisible aux tribunaux de reconnaître que l'État a une obligation fiduciaire envers les communautés de langue française en situation minoritaire. L'affaire *Guérin* représente un élargissement de la responsabilité en equity de l'État de gérer les terres qui lui sont cédées par les Autochtones dans le respect de leurs meilleurs intérêts. De plus, le législateur impose une obligation fiduciaire au ministère des Anciens combattants. Ainsi, lorsqu'il administre une pension pour un ancien combattant invalide, il doit le faire au profit de ces derniers ou de leurs bénéficiaires. Selon la Cour suprême du Canada, il pourrait y avoir lieu de reconnaître que l'État sera assujéti à des obligations dans des relations autres que celles avec les Autochtones et les anciens combattants. Au regard de la preuve dans l'affaire *CSFY c GY*, le gouvernement du Yukon a manqué à ses obligations fiduciaires envers les parents et les enfants que la CSFY représente et détient donc en fiducie presque deux millions de dollars au bénéfice de cette dernière. Cependant, le concept d'obligation fiduciaire ne protège pas automatiquement les communautés linguistiques en situation minoritaire dans toutes les circonstances comme le démontre le contexte de l'abolition du Programme PCJ.

²⁹⁹ *Alberta c Elder*, *supra* note 1 au para 54.

³⁰⁰ « Le prochain acte : un nouvel élan pour la dualité linguistique canadienne » 2003, en ligne : Collection électronique de la bibliothèque nationale du Canada <http://epe.lac-bac.gc.ca/100/205/301/peo-bcp/website/06-10-10/www.pco-bcp.gc.ca/olo/docs/action/actionplan_f.pdf>.

Par contre, lorsque les critères établis dans l'affaire *Alberta c Elder* sont réunis, l'État est lié par l'obligation fiduciaire dans ses relations avec les communautés d'expression française en situation minoritaire. Ainsi, lorsque l'État s'engage expressément à agir dans le meilleur intérêt des francophones hors Québec qui se trouvent en situation de vulnérabilité et que cela affecte les intérêts juridiques et pratiques de ces communautés, il pourrait avoir lieu de conclure que l'État est assujéti à une obligation fiduciaire envers les communautés de langue officielle et doit donc respecter cet engagement comme dans le cas de l'affaire *R c Caron*.

Les communautés d'expression française qui allèguent un manquement à une obligation fiduciaire de la part de l'État dans les relations qu'ils entretiennent ne concèdent pas une reconnaissance d'un statut inégal entre les deux langues officielles et ne perpétuent pas l'inégalité juridique et linguistique. Au contraire, il s'agit d'une reconnaissance de l'inégalité réelle qui existe sur les plans démographique et, donc politique entre les communautés majoritaires et minoritaires. L'obligation fiduciaire offre peut-être un mécanisme juridique qui aiderait à corriger en partie cette inégalité structurelle. Par exemple, dans le domaine de l'éducation, les communautés linguistiques en situation minoritaire sont, de facto, vulnérables puisqu'elles dépendent exclusivement de leurs gouvernements provincial ou territorial pour financer leurs conseils, commissions et divisions scolaires. Sans pouvoir de taxation, pouvoir qui est accordé à plusieurs commissions scolaires de la majorité³⁰¹, il est impossible pour les autorités scolaires francophones d'amasser des fonds indépendants pour financer l'éducation dans la langue de la minorité, ce qui exacerbe la vulnérabilité de ces communautés vis-à-vis du gouvernement. Cela justifie l'existence d'une obligation fiduciaire. De plus, les Autochtones se prévalent d'une telle obligation sans pour autant se considérer « inégaux » à la majorité. Pourquoi la situation serait-elle différente pour les communautés linguistiques en situation minoritaire dans les circonstances où il serait possible de se prévaloir d'une telle cause d'action ?

³⁰¹ « Commission scolaire », en ligne : l'Encyclopédie canadienne <<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=f1ARTf0007203>>. Par contre, les commissions scolaires francophones de l'Alberta, par exemple, n'ont pas ce pouvoir : « l'Alberta », en ligne : Site de l'aménagement linguistique au Canada http://www.salic-slmc.ca/showpage.asp?file=histoire_ling/droitsloisling/politiques_non_interv_1&language=fr&update=enu=false. À l'inverse, bien que la division scolaire franco-manitobaine n'a pas le pouvoir de prélever des impôts fonciers, elle reçoit une part de ces impôts de la division scolaire de résidence des parents de la DFSM : « Secteur des finances », décembre 2011, en ligne : Division scolaire franco-manitobaine <<https://www.dsfm.mb.ca/ScriptorWeb/scripto.asp?resultat=713925>>.