

COMMENTAIRE D'ARRÊT
COLOMBIE-BRITANNIQUE
(MINISTRE DES FORÊTS)
c.
BANDE INDIENNE OKANAGAN

Mark C. Power*

SOMMAIRE — L'auteur présente dans un premier temps l'arrêt *Colombie-Britannique (Ministre des Forêts) c. Bande indienne Okanagan*, [2003] 3 R.C.S. 371 avant de prendre le pouls, dans un deuxième temps, de la jurisprudence qui lui a succédé concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal d'accorder des dépens à une partie au litige, dans des circonstances rares et exceptionnelles, avant le règlement définitif de l'affaire et quelle qu'en soit l'issue (« provision pour frais »). Dans un troisième temps, l'auteur s'attarde à la question de savoir si des provisions pour frais pourraient contribuer au financement des dépens des litiges concernant la reconnaissance ou la mise en œuvre de droits linguistiques. En conclusion, l'auteur aborde certains défis pratiques qu'auraient à surmonter une partie demandant à un tribunal d'attribuer une provision pour frais dans le cadre d'un litige linguistique.

* Doctorant en droit à l'Université de Cambridge au Royaume-Uni. L'auteur tient à remercier Howard Kislowicz, qui lui a prêté assistance dans ses recherches alors qu'il était étudiant d'été au bureau de Toronto de l'étude Heenan Blaikie s.r.l. L'auteur remercie également Michel Doucet, Richard Goulet, Roger Lepage, Joël Michaud, Johane Tremblay, Claire Vachon et Vaillancourt. Une première version de ce commentaire d'arrêt a été présentée en novembre 2005 lors de l'assemblée générale annuelle du Programme de contestation judiciaire du Canada.

I - INTRODUCTION

L'accommodement institutionnel des minorités nationales du Canada n'est pas nouveau. Dès le XIX^e siècle, la *Loi constitutionnelle de 1867* garantissait à certaines communautés le droit à une instruction confessionnelle¹. Bien qu'au cours de l'histoire du pays, l'étendue et la reconnaissance de tels accommodements aient été limitées, il n'en demeure pas moins que le constituant et les législateurs canadiens acceptent depuis au moins vingt (20) ans que la souveraineté de l'État n'est pas irréconciliable avec les revendications d'autonomie des minorités nationales². Cette tolérance voire ouverture à la diversité, tant par rapport aux minorités nationales qu'aux autres communautés minoritaires³, est si fondamentale au pays qu'elle en constitue l'un des principes constitutionnels sous-jacents, un principe qui possède une force normative puissante⁴.

Les peuples autochtones semblent être parmi les minorités nationales qui ont le plus à gagner de cette tolérance canadienne à la diversité. La reconnaissance solennelle des droits ancestraux ou issus de traités avec les peuples autochtones, codifiée à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, fournit un cadre juridique à un dialogue inter-communautaire espéré depuis longtemps. Le bilan de ce dialogue que nous ne faisons qu'entamer se mesurera probablement en termes de générations. Malgré ceci, les peuples autochtones se tournent davantage vers les cours de justice afin de tenter de se tailler la place qui leur revient dans la mosaïque

¹ *Loi constitutionnelle de 1867*, (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, art. 93, reproduit dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5. Voir généralement Paul T. Clarke et Pierre Foucher, *École et droits fondamentaux*, Winnipeg, Presses universitaires de Saint-Boniface, 2005 aux pp. 64-80.

² Il s'agit d'un constat qui constituait un *sine qua non* à la création du Canada en 1867 et qui trouve son reflet dans les articles 91 à 93 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

³ Nous adoptons la distinction proposée par W. Kymlicka dans son ouvrage *Multicultural Citizenship*, Oxford, Oxford University Press, 1995.

⁴ *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 aux para. 79-82.

canadienne, que ce soit en matière d'identité⁵ ou d'accès aux ressources naturelles.

Fiduciaire de plusieurs peuples autochtones en crise économique et sociale et dont les langues et les cultures sont menacées de disparition, la « majorité » canadienne propose depuis 1982 un dialogue juridique d'accommodement. Cette caractérisation sera jugée trop généreuse par certains, surtout dans le contexte du différent opposant la Bande indienne Okanagan et le ministre des Forêts de la Colombie-Britannique. Or, tout porte à croire que lorsque les voies d'appel auront été épuisées, ce dernier respectera tout jugement qui pourrait reconnaître aux demandeurs un droit eu égard aux ressources forestières se trouvant sur certaines terres traditionnelles. Il s'agit là d'une nouvelle approche au pays, une approche qui reflète une volonté accrue de se soumettre à la règle de droit. Les gouvernements de la fédération canadienne n'ont pas toujours été aussi disposés à se conformer à des jugements antinomiques à leurs visions homogènes et à leurs visées assimilatrices⁶.

Selon nous, il s'agit aussi d'un élément qui permet de placer dans leur contexte les revendications des demandeurs dans l'affaire *Okanagan*⁷. L'accès à la justice (ou, à tout le moins, l'accès aux tribunaux) est donc primordial. En définitive, il serait difficile d'insister sur la valeur normative du principe constitutionnel de la protection des minorités si son adjudication était complètement frustrée par des pénuries financières. Le respect de la règle de droit et du principe de la démocratie dépendent eux aussi d'un réel accès aux cours de justice. C'est ainsi que nous ne saurions suffisamment insister sur l'importance de l'arrêt *Okanagan*. Cet arrêt témoigne encore une fois du caractère davantage bienveillant et avant-gardiste de l'ordre juridique canadien.

⁵ Voir par exemple *R. c. Powley*, [2003] 2 R.C.S. 207.

⁶ Voir par exemple les jugements manitobains en matière de droit linguistique ayant précédé le *Renvoi : Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721 aux pp. 732-733.

⁷ [2003] 3 R.C.S. 371 [*Okanagan*].

Or, l'arrêt *Okanagan* constitue le sujet du présent commentaire non pas en raison de sa contribution à l'accès à la justice pour les peuples autochtones du Canada. D'autres ont déjà réalisé ou entamé une telle analyse. Le présent commentaire porte plutôt sur l'arrêt *Okanagan* en raison de la réflexion qu'il suscite ou qu'il devrait susciter chez ceux et celles qui œuvrent à l'accommodement juridique, c'est-à-dire à la progression vers l'égalité, des autres minorités nationales du Canada, les communautés de langue officielle.

Nous présentons, dans un premier temps, l'arrêt *Okanagan* et prenons le pouls, dans un deuxième temps, de la jurisprudence qui lui a succédé concernant l'exercice du pouvoir discrétionnaire d'un tribunal d'accorder des dépens à une partie au litige, dans des circonstances rares et exceptionnelles, avant le règlement définitif de l'affaire et quelle qu'en soit l'issue (« provision pour frais »). Dans un troisième temps, nous analysons la question de savoir si des provisions pour frais auraient pu ou pourraient dorénavant faciliter l'accès aux tribunaux pour les communautés de langue officielle. En conclusion, nous identifions certains défis pratiques qu'auront à surmonter les parties qui demanderont à un tribunal d'attribuer une provision pour frais dans le cadre d'un litige linguistique.

En bref, nous estimons qu'un tribunal pourrait être disposé à enjoindre une partie à un litige linguistique de payer une provision pour frais. Nous suggérons que la possibilité d'amener une requête visant une provision pour frais fasse désormais partie du cadre analytique de tout avocat dont le client revendique la reconnaissance ou la mise en œuvre de droits linguistiques.

A - L'arrêt *Okanagan*

L'arrêt *Okanagan* remettait en cause la compétence

inhérente des tribunaux d'accorder une « provision pour frais »⁸. Des membres des quatre (4) bandes indiennes intimées (les « Bandes ») s'étaient engagées dans l'exploitation forestière de terres publiques sur le territoire de la Colombie-Britannique sans l'autorisation requise par la *Forest Practices Code of British Columbia Act*, L.R.C.-B. 1996, c. 159 (*Code*). Les conseils des Bandes avaient prétendument autorisé la coupe du bois qui devait servir à construire des maisons sur leurs réserves. Le ministre des Forêts a introduit une instance afin de faire respecter des ordonnances de cessation des travaux en vertu du *Code*. Les Bandes ont soutenu qu'elles détenaient un titre aborigène sur les terres en question et qu'elles avaient le droit d'y mener des activités d'exploitation forestière. Les bandes ont déposé un avis de question constitutionnelle contestant deux dispositions du *Code* au motif qu'elles contrevenaient à des droits ancestraux garantis par la Constitution.

Le ministre des Forêts a alors demandé que l'instance soit inscrite pour instruction au lieu d'être tranchée par procédure sommaire. Les Bandes ont argumenté que l'affaire ne devrait pas faire l'objet d'une instruction parce qu'elles n'avaient pas les ressources financières voulues pour financer un procès qui, vu la difficulté de faire la preuve d'un titre aborigène, s'annonçait long et coûteux. Subsidiairement, les Bandes ont prétendu que, dans l'exercice de ses pouvoirs d'assortir de conditions l'ordonnance discrétionnaire et de statuer sur les dépens, la Cour ne devait ordonner la tenue d'une instruction que si elle donnait également au ministre des Forêts l'ordre de verser aux Bandes une provision pour frais, quelle que soit l'issue de la cause.

⁸ Voir généralement M. Orkin, *The Law of Costs*, 2^e éd., Aurora, Canada Law Book, 2004 aux sections 204-219. La revendication d'un droit constitutionnel à une provision pour frais avait été rejetée par le juge de première instance et n'a pas été considérée par la Cour suprême du Canada. Voir aussi *Tsilhqo'tin Nation c. Canada (P.G.)*, [2004] B.C.J. N° 356 (C.A.) (où une argumentation invoquant le paragraphe 15(1) de la *Charte* et l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à l'appui d'une demande d'une provision pour frais ont été rejetées).

Les Bandes ont déposé une preuve par affidavit et une preuve documentaire à l'appui de leur revendication d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux. Les Bandes ont également déposé une preuve à l'appui de leur prétention qu'il leur était impossible de financer le litige à elles seules. La preuve au dossier révélait que les Bandes se trouvaient dans une situation financière extrêmement difficile et que leurs communautés étaient aux prises avec de graves problèmes sociaux, notamment des taux de chômage élevés, une pénurie de logements, des infrastructures inadéquates et un accès à l'éducation déficient. La preuve indiquait par ailleurs que de nombreux membres des Bandes vivant à l'extérieur des réserves souhaitaient retourner y vivre mais ne pouvait le faire parce qu'il n'y avait même pas assez d'emplois et de logements pour ceux qui y vivaient déjà. Afin de financer leurs activités de tous les jours, les Bandes n'avaient d'autre choix que d'accumuler des déficits. Les chefs de deux (2) des Bandes ont attesté que le ministère des Affaires indiennes et du Nord était sur le point de leur imposer une gestion externe de leurs finances en raison de l'importance des déficits au niveau de leurs fonds de roulement.

Les avocats des Bandes ont estimé à un peu plus de huit cent quatorze mille dollars (814 000 \$) le coût d'un procès complet. Les Bandes affirmaient qu'elles ne pouvaient pas acquitter une telle somme. Même si elles en étaient capables, les Bandes étaient d'avis qu'elles devaient répondre à des besoins plus urgents que le financement d'un litige, notamment la construction de logements avec le bois abattu sur les terres faisant l'objet de leurs revendications.

Le juge de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (« juge des requêtes ») a refusé d'enjoindre le ministre des Forêts d'accorder aux Bandes la provision pour frais recherchée⁹. Si le juge des requêtes reconnaît avoir la compétence très restreinte de prononcer une telle ordonnance, il est d'avis que la situation des

⁹ 2000 BCSC 11.

Bandes n'est pas suffisamment exceptionnelle pour justifier une telle ordonnance. De toute façon, le juge des requêtes estime que puisque la question de la responsabilité du ministre des Forêts n'est pas encore réglée, il se trouverait à préjuger de l'affaire quant au fond s'il devait ordonner le versement d'une provision pour frais.

En appel, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (« Cour d'appel ») note d'abord que si les revendications des Bandes faisaient l'objet d'un procès, il s'agirait du premier procès concernant la revendication d'un titre aborigène et d'autres droits ancestraux à l'égard de l'exploitation forestière en Colombie-Britannique¹⁰. La Cour d'appel conclut, dans un premier temps, qu'un règlement équitable des questions en litige nécessite la tenue d'un procès.

Dans un deuxième temps, la Cour d'appel distingue entre, d'une part, un droit constitutionnel au paiement intégral des honoraires et des débours et, d'autre part, le pouvoir discrétionnaire du tribunal de statuer sur les « dépens », c'est-à-dire le versement d'une somme destinée à couvrir les frais du recours à la justice, habituellement selon des lignes directrices prévues par la loi plutôt que selon les frais réellement encourus. La Cour d'appel conclut que ni le principe de l'accès à la justice, ni l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* n'oblige le ministre des Forêts à soutenir financièrement les Bandes, même si celles-ci n'ont pas les moyens de payer leur représentation par avocat dans une poursuite civile.

En revanche, la Cour d'appel se rallie à la conclusion du juge des requêtes à l'effet qu'il existe un pouvoir discrétionnaire de la Cour d'ordonner le versement d'une provision pour frais, lorsque les circonstances sont effectivement suffisamment exceptionnelles. La Cour d'appel énonce que les principes constitutionnels applicables et le caractère unique de la relation entre la Couronne et les peuples autochtones sont des facteurs

¹⁰ 2001 BCCA 647.

fondamentaux devant guider la Cour dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de statuer sur les dépens.

La Cour d'appel conclut que même si la Cour ne possède pas le pouvoir discrétionnaire d'ordonner au ministre des Forêts de financer au complet la cause des Bandes, le juge des requêtes demeure investi du pouvoir discrétionnaire d'ordonner le paiement d'une provision pour frais dans certains cas. La Cour d'appel ajoute qu'une telle ordonnance ne devrait être prononcée que si elle est assortie de conditions permettant de fournir une aide concrète aux Bandes sans pour autant exposer le ministre des Forêts à des dépenses excessives ou déraisonnables. La Cour d'appel ordonne ainsi au ministre des Forêts de payer les honoraires et les débours des avocats des Bandes, sous réserve de conditions détaillées visant à encourager les parties à éviter les démarches inutiles et à régler par la négociation le plus grand nombre possible de questions¹¹.

¹¹ Puisque la majorité de la Cour suprême du Canada a confirmé l'ordonnance du 5 novembre 2001 de la Cour d'appel, il est utile de la reproduire ici. Elle se lit comme suit :

[TRADUCTION] LA COUR ORDONNE EN OUTRE que la Couronne, quelle que soit l'issue de la cause, paye les honoraires et débours d'avocats des Bandes, au sens où ce terme est employé et selon ce que pourrait ordonner le juge en chambre, en conformité avec ce qui suit :

- a) Les dépens, au sens du par. [10] des Motifs du jugement.
- b) Sauf si le juge en chambre conclut que l'octroi d'honoraires et de débours spéciaux est justifié en l'espèce, ces derniers seront calculés selon le barème applicable compte tenu de la complexité et de la difficulté du litige.
- c) Les avocats devront examiner la possibilité de diminuer les coûts en ne faisant instruire qu'une seule des causes au lieu des quatre à la fois. S'ils n'arrivent pas à s'entendre sur cette question, ils devront demander des directives au juge en chambre. Ils prendront également toutes les autres mesures raisonnables pour réduire au minimum les dépenses et le juge en chambre pourra imposer des restrictions à cette fin.
- d) La Province et les Bandes devront tenter de s'entendre sur une procédure valide pour toute la durée de l'instruction en vertu de laquelle les Bandes, au fur et à mesure qu'elles engageront des frais et des débours taxables, aviseront l'intimée et fourniront toute pièce justificative que le juge en chambre pourra exiger. Ces

Une majorité des juges de la Cour suprême du Canada a rejeté l'appel du ministre des Forêts. Les juges majoritaires, sous la plume de l'honorable juge Lebel, font d'abord le point sur l'objectif traditionnel de l'attribution de dépens, à savoir indemniser « la partie gagnante des dépenses qu'elle a engagées soit pour se défendre contre une action qui, en fin de compte, s'est révélée sans fondement, soit pour faire reconnaître un droit valide »¹².

Les juges majoritaires soulignent jusqu'à quel point l'attribution des dépens vise aujourd'hui des objectifs divers dont, notamment, l'imposition d'une pénalité à une partie qui a refusé une offre de règlement raisonnable, la sanction de conduites qui ont prolongé la durée du litige, qui en ont augmenté le coût ou qui se sont avérées déraisonnables ou vexatoires¹³. Les juges majoritaires reconnaissent explicitement que l'accès à la justice constitue une considération pertinente pour l'application des règles d'attribution des dépens, par exemple dans les affaires vraiment exceptionnelles mettant en cause des questions d'intérêt

honoraires et débours seront payés par l'intimée dans un délai prescrit, sauf si la Province s'y oppose, auquel cas elle devra renvoyer l'affaire au juge en chambre, qui pourra ordonner la taxation du mémoire de frais de la manière habituelle.

e) Si les avocats n'arrivent pas à s'entendre sur une telle procédure, l'affaire devra être renvoyée au juge en chambre, qui donnera des directives en conformité avec l'esprit des présents Motifs.

¹² *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 21.

¹³ La règle générale anglaise et canadienne concernant l'attribution des dépens peut être formulée ainsi : « that the individual who is pursuing or protecting his private economic interest will be properly influenced and guided by the economic impact of legal costs and that only claims that are justifiable on economic grounds will be litigated. » Voir R. Anand et I.G. Scott, « Financing Public Participation in Environmental Decision Making » (1982) 60 R. du B. can. 81 à la p. 98 ; C. Tollefson, « When the « Public Interest » Loses: The Liability of Public Interest Litigants for Adverse Costs Awards » (1995) 29 U. Brit. Colum. L. Rev. 303 à la p. 304 [Tollefson, « Public Interest »]. Voir, concernant l'approche moderne australienne, K. Edwards, « Costs and Public Interest Litigation After *Oshlack v Richmond River Council* » (1999) 21 Sydney L. Rev. 680.

public¹⁴. Les juges majoritaires constatent d'ailleurs que depuis un certain temps, il est permis en droit de la famille et dans certaines affaires en matière de fiducie, de faillite et de sociétés d'accorder une provision pour frais dans le but d'atténuer quelque peu les grandes inégalités entre les parties à un litige et d'éviter qu'une argumentation juridique fondée ne puisse faire l'objet d'un débat judiciaire pour des raisons pécuniaires¹⁵.

Les tribunaux inférieurs retiendront de l'arrêt *Okanagan* qu'en l'absence de dispositions législatives explicites, le pouvoir d'ordonner une provision pour frais est inhérent à la compétence en *equity* des tribunaux de statuer sur les dépens. Un juge d'une Cour supérieure exerçant une telle compétence peut ainsi décider de ses modalités, et ce qu'il s'agisse de son quantum, de la partie qui la versera ou du moment où elle sera versée¹⁶.

Selon les juges majoritaires, lorsque le législateur n'a pas défini les conditions d'octroi des provisions pour frais, trois (3)

¹⁴ *Okanagan*, *supra* note 7 aux para. 27-30. Voir généralement *B. (R.) c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto*, [1995] 1 R.C.S. 315.

¹⁵ *Okanagan*, *supra* note 7 aux para. 31-34. Voir par exemple *Jones c. Coxeter* (1742), 2 Atk. 400, 26 E.R. 642 (Ch.) ; *Organ c. Barnett* (1992), 11 O.R. (3d) 210 (Div. gén.) ; *McDonald c. McDonald* (1998), 163 D.L.R. (4th) 527 (C.A. Alb.) ; *Woloschuk c. Von Amerongen*, 1999 ABQB 306 ; *Roberts c. Aasen*, [1999] O.J. N° 1969 (QL) (C.S.J.) ; *Amcan Industries Corp. c. Toronto-Dominion Bank*, [1998] O.J. N° 3014 (QL) (Div. gén.) ; *Turner c. Telecommunication Workers Pension Plan*, 2001 BCCA 76. Selon deux auteurs, la Commission d'enquête de l'oléoduc de la vallée du Mackenzie, présidée par l'honorable juge Thomas Berger, semble avoir constitué la première occasion où l'État a distribué de façon institutionnalisée de l'argent pour faciliter la représentation juridique dans l'intérêt public ; voir à ce sujet R. Anand et I.G. Scott, « Financing Public Participation in Environmental Decision Making » (1982) 62 R. du B. can. 81 aux pp. 104-107.

¹⁶ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 35. Les juges majoritaires expliquent au paragraphe 41 de leurs motifs que :

De telles ordonnances doivent être formulées avec soin et révisées en cours d'instance de façon à assurer l'équilibre entre les préoccupations concernant l'accès à la justice et la nécessité de favoriser le déroulement raisonnable et efficace de la poursuite, qui est également l'un des objectifs de l'attribution de dépens. Lorsqu'ils rendent ces décisions, les tribunaux doivent également tenir compte de la position des défendeurs. Il ne faut pas que l'octroi de provisions pour frais leur impose un fardeau inéquitable.

conditions doivent être réunies avant qu'un tribunal puisse exercer sa compétence en *equity* pour ordonner une telle provision¹⁷ :

[l]a partie qui sollicite l'ordonnance doit être si dépourvue de ressources qu'elle serait incapable, sans cette ordonnance, de faire entendre sa cause. Elle doit prouver *prima facie* que sa cause possède un fondement suffisant pour justifier son instruction devant le tribunal. De plus, il doit exister des circonstances suffisamment spéciales pour que le tribunal soit convaincu que la cause appartient à cette catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel de ses pouvoirs.

Discutant des provisions pour frais dans le cadre de litiges « d'intérêt public » telle l'affaire *Okanagan*, les juges majoritaires ajoutent ce qui suit :

Dans les causes de ce genre, comme je l'ai mentionné précédemment, des objectifs de politique juridique différents, notamment celui de garantir que les citoyens ordinaires auront accès aux tribunaux afin de faire préciser leurs droits constitutionnels et faire trancher d'autres questions sociales de portée générale, l'emportent souvent sur les objectifs traditionnels de l'attribution des dépens. De plus, de par leur nature, les causes de ce type soulèvent des questions importantes non seulement pour les parties au litige mais aussi pour la collectivité en général, de sorte que leur règlement adéquat sert l'intérêt public. Sous ces deux aspects, les causes de droit public en tant que catégorie se distinguent des litiges civils ordinaires. Elles peuvent être considérées comme une sous-catégorie dans laquelle les « circonstances particulières » qui sont nécessaires pour que l'on puisse justifier l'octroi de provisions pour

¹⁷ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 36.

frais tiennent à l'importance des questions en jeu pour le public. Il incombe au tribunal de première instance de décider dans chaque cas si une affaire qui peut être qualifiée de « particulière » de par son caractère d'intérêt public est suffisamment particulière pour s'élever au niveau des causes où l'allocation inhabituelle de dépens constituerait une mesure appropriée.

Revenant aux faits de l'affaire *Okanagan*, les juges majoritaires concluent que les conditions d'une provision pour frais y sont satisfaites : la preuve au dossier démontrait en effet que les Bandes ne disposaient pas de ressources suffisantes pour faire entendre leur cause sans ordonnance de paiement d'une provision pour frais, l'affaire méritait d'être instruite et, enfin, les questions en litige étaient « d'une importance cruciale pour la population de la Colombie-Britannique, tant autochtone que non autochtone » et leur résolution « constituerait un pas majeur vers le règlement des nombreux problèmes en suspens entre la Couronne et les Autochtones dans cette province ». Les circonstances de l'espèce étaient donc effectivement particulières, voire exceptionnelles¹⁸.

B - La jurisprudence interprétant l'arrêt *Okanagan*

L'arrêt *Okanagan* confirme que les litiges d'intérêt public méritent non seulement d'être encadrés par des règles de qualité pour agir et de preuve plus libérales, mais aussi par des principes régissant l'octroi des dépens suffisamment flexibles pour permettre l'évaluation de facteurs autres que la victoire de la partie demanderesse sur la partie défenderesse.

Nous ne saurions suffisamment insister sur l'effet dissuasif des honoraires et des débours encourus dans les litiges d'intérêt public, qu'ils soulèvent des questions d'ordre linguistique, ou

¹⁸ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 46.

autre. De tels litiges nécessitent souvent l'embauche de procureurs spécialisés dans un domaine de droit particulier, possédant plusieurs années d'expérience et pouvant compter sur une équipe administrative complète et des plus compétentes. En effet, l'État, qui est le plus souvent l'autre partie à un litige d'intérêt public, dispose normalement de telles ressources. Or, une telle représentation juridique est très dispendieuse.

Certains facteurs peuvent mitiger, dans les yeux d'une partie civile, l'effet dissuasif des honoraires et des débours inhérents à tout litige soulevant une question de droit linguistique. Retenons par exemple la possibilité d'organiser une levée de fonds parmi les membres de la communauté ayant un intérêt dans un litige, de même que la possibilité que des procureurs diminuent leurs taux horaires. Dans certains cas, une représentation juridique gratuite sera offerte. Retenons également la possibilité pour une partie impliquée dans un litige linguistique d'obtenir un financement d'un programme d'aide juridique ou du programme des droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire¹⁹. Cependant, tout financement issu de ce dernier programme est assorti de conditions importantes, que ce soit par rapport aux litiges admissibles (des litiges constitutionnels), aux montants alloués (un maximum de soixante mille dollars (60 000 \$) en première instance) ou au taux horaire permissible (seul un maximum de cent cinquante dollars (150 \$) du taux horaire facturé pourra faire l'objet d'un financement). Les litiges linguistiques, cependant, ne sont pas tous admissibles à de tels appuis financiers. Parmi ceux qui le sont, plusieurs coûtent plusieurs centaines de milliers de dollars.

L'appui de certaines organisations mieux à même d'absorber les honoraires, les débours, ainsi que les frais reliés à la cueillette et à l'analyse de la preuve peut souvent s'avérer

¹⁹ Voir www.ccpcj.ca. Voir généralement, concernant l'historique du Programme de contestation judiciaire, L.M. Fox, « Costs in Public-Interest Litigation » (1989) 10 *Advocates' Q.* 385 aux pp. 396-399.

indispensable à l'instruction des litiges en matière linguistique. Par exemple, d'aucun sous-estime l'importance, en matière d'accès à la justice dans le domaine des droits linguistiques aux niveaux fédéral et constitutionnel²⁰, de la Commissaire aux langues officielles du Canada. Cette dernière peut appuyer, devant les tribunaux, une partie estimant avoir été victime d'une violation d'un droit linguistique ou, encore, intenter une instance en son nom²¹.

Or, il n'y a pas que les honoraires et les débours d'une partie songeant à faire valoir un droit linguistique ou à en assurer la mise en œuvre qu'il faille évaluer. En effet, traditionnellement, la partie n'ayant pas gain de cause doit « succomber »²² aux frais de la partie victorieuse. Selon les tarifs appliqués à la partie qui « succombe », le risque financier d'un litige linguistique pourrait presque doubler. C'est ainsi que la possibilité qu'un tribunal ordonne que chaque partie impliquée dans un litige d'intérêt public débourse ses frais, ou encore que les frais d'une partie n'ayant pas gain de cause dans un tel litige soient défrayés par la partie victorieuse, prend toute son importance. Comme l'explique les juges majoritaires dans l'arrêt *Okanagan*²³ :

²⁰ La *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 31 reprend des droits linguistiques garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés* et la *Loi constitutionnelle de 1867*.

²¹ Voir la partie IX (Commissaire aux langues officielles) et la partie X (Recours judiciaire) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985 (4^e supp.), c. 31.

²² Cette terminologie provient du Québec. Nous n'abordons pas en détail les provisions pour frais en droit québécois. Nous nous contentons de signaler que l'arrêt *Okanagan* doit, au Québec, s'appliquer en tenant compte des dispositions législatives pertinentes, dont les articles 46 et 477 du *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25. Voir généralement, concernant l'octroi des dépens au Québec, P. Lortie, « Le tout avec dépens » dans *Développements récents en droit civil, Service de la formation permanente du Barreau du Québec*, 2000 ; A. Popovici, « Le sort des honoraires extrajudiciaires » (2002) 62 R. du B. 53. Voir par exemple *Ruel c. Turcotte*, 2003 IIJCan 5506 (C.S. Qué.), conf. CAQ 200-09-004634-033 (13 février 2004) (où une provision pour frais de dix mille dollars (10 000 \$) a été accordée en vertu de l'article 46 du *Code de procédure civile*, L.R.Q. c. C-25 à un requérant dont la demande d'aide juridique avait été refusée et qui vivait une situation de déséquilibre « total » en luttant depuis dix (10) ans pour exécuter une ordonnance de réintégration).

²³ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 39.

Lorsqu'il tranche cette question, le tribunal ne doit pas perdre de vue que, dans une affaire relevant du droit public, les dépens ne sont pas toujours accordés à la partie gagnante si, par exemple, cette partie est le gouvernement et que la partie adverse est une personne aux ressources limitées qui invoque un droit en vertu de la *Charte*.

Autrement dit, l'arrêt *Okanagan* confirme qu'il ne sera pas toujours souhaitable, notamment dans les litiges d'intérêt public, que les dépens reflètent le résultat quant au fond.

Les auteurs dans le domaine des dépens plus généralement, et ceux et celles s'intéressant aux provisions pour frais en particulier, voient en l'arrêt *Okanagan* un aval donné par le plus important tribunal du pays aux jugements des tribunaux inférieurs ayant « modernisé » les principes régissant l'octroi des dépens pour qu'ils reflètent plus fidèlement les particularités des litiges d'intérêt public. Les tribunaux inférieurs doivent tenir compte de la mesure dans laquelle les questions soulevées revêtent une importance pour le public et l'intérêt qu'a celui-ci à ce que ces questions soient tranchées en justice²⁴. Il semble permis de croire que les ordonnances de dépens contre une partie invoquant « l'intérêt public » seront, à la suite de l'arrêt *Okanagan*, plus rare²⁵.

C'est ainsi que l'arrêt *Okanagan* modifie, pour une partie contemplant un litige d'intérêt public, l'évaluation traditionnelle du risque financier qu'elle s'apprête à prendre²⁶. Cet arrêt ne

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Il serait cependant erroné de prétendre que les tribunaux canadiens aient adopté la « one-way rule » en matière de dépens. Voir généralement, au sujet de cette façon d'attribuer les dépens, Tollefson, « Public Interest » *supra* note 13 à la p. 303.

²⁶ Voir généralement C. Tollefson, « The Implications of *Okanagan Indian Band* for Public Interest Litigants: A Strategic Discussion Paper », Communication présentée lors de l'Assemblée générale annuelle du Programme de contestation judiciaire du Canada, le 19 novembre 2005 [non publiée] ; C. Tollefson, D. Gilliland et J. DeMarco, « Towards a

transforme évidemment pas de tels litiges en occasion d'affaires pour certains membres du barreau ou leurs clients ; en revanche, l'arrêt *Okanagan* diminue le risque qu'un litige d'intérêt public bien fondé donne lieu à une ordonnance de dépens pouvant ruiner une partie agissant de bonne foi. Ainsi, toutes autres choses étant égales, nous estimons qu'il serait permis de voir en l'arrêt *Okanagan* un encouragement de faire appel aux tribunaux dans les domaines d'intérêt public, dont le domaine des droits linguistiques.

Tel que discuté plus tôt, selon l'arrêt *Okanagan*, l'octroi de provisions pour frais dans un litige d'intérêt public pourra²⁷ être justifié lorsque trois (3) conditions seront réunies²⁸. Comment celles-ci ont-elles été interprétées et appliquées par les tribunaux inférieurs²⁹ ?

Il convient avant d'aller plus loin de dire un mot au sujet des motifs signés par les juges minoritaires de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Okanagan*. Que tous les juges de la plus haute Cour du pays reconnaissent le bien fondé d'une provision pour frais mérite d'être signalé. En effet, ce ne sont que les principes gouvernant de telles provisions qui ne font pas l'unanimité. Selon les juges minoritaires, les trois (3) conditions suivantes doivent être satisfaites pour que l'octroi discrétionnaire et extraordinaire de provisions pour frais soit justifié en common law :

- a) la partie qui demande une provision pour frais ne doit pas avoir les moyens d'ester en justice et ne doit

Costs Jurisprudence in Public Interest Litigation » (2004) 83 R. du B. can. 473 ; C. McCool, « Costs in Public Interest Litigation: A Comment on Professor Tollefson's Article, « When the 'Public Interest' Loses: The Liability of Public Interest Litigatns for Adverse Cost Awards » (1996) 30 U.B.C. L. Rev. 309.

²⁷ L'usage du verbe « pouvoir » (plutôt que du verbe « être ») reflète la réalité qu'une ordonnance de provision de frais demeure discrétionnaire : *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 41.

²⁸ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 40.

²⁹ Notre recherche était à jour le 1^{er} septembre 2005.

disposer en réalité d'aucune autre source de financement ;

b) il doit exister entre les parties une relation spéciale telle que l'octroi d'une provision pour frais ou d'un soutien est particulièrement approprié ; et

c) la présomption voulant que la partie qui demande une provision pour frais obtiendra une certaine compensation de la part de l'autre partie ne doit pas avoir été renversée³⁰.

Les juges minoritaires dans l'arrêt *Okanagan* dénoncent le fait que des provisions pour frais pourraient constituer une « forme d'aide juridique imposée par le tribunal » tout en reconnaissant qu'elles sont « utiles en droit de la famille »³¹. Avant tout, les juges minoritaires estiment que les solutions financières aux défis d'accès à la justice relèvent du « législateur et des ordres professionnels des avocats et non de la magistrature »³². Ils ajoutent ce qui suit³³ :

Il convient de signaler que le présent pourvoi ne met pas en cause l'honneur de la Couronne et qu'il n'y a aucune raison, pour ce qui est du paiement des dépens, d'établir une distinction entre les revendicateurs autochtones et toutes autres personnes sans ressources suffisantes revendiquant des droits en vertu de la Constitution³⁴. La nouvelle définition de circonstances extraordinaires doit être d'application générale et son incidence mesurée en conséquence. Il ne fait aucun doute que les conclusions du juge LeBel entraîneront une augmentation des

³⁰ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 77.

³¹ Puisqu'un conjoint a habituellement « droit en tout ou en partie au patrimoine familial ... il est presque assuré d'obtenir en partie gain de cause sur le fond. » : *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 53.

³² *Ibid.* au para. 63.

³³ *Ibid.* au para. 68.

³⁴ Voir sur cette question *Richter & Associés-Partners Inc. c. Dominion Bridge Inc.*, 2004 MBCA 180 au para. 24.

demandes de provisions pour frais en donnant aux juges de première instance peu d'indications susceptibles de les guider.

Bien que la prévision des juges minoritaires à l'effet que les motifs des juges majoritaires entraîneraient une augmentation des demandes de provisions pour frais se soit avérée exacte, les juges de première instance ont réussi à dégager de l'arrêt *Okanagan* suffisamment d'indications pour les guider en décidant tant des demandes de provisions pour frais que des demandes de dépens formulées à l'issue d'un litige ou d'un règlement par une partie agissant dans l'intérêt public.

Par exemple, les appelants dans l'affaire *Broomer c. Ontario (P.G.)* ; *Johnson c. Ontario (P.G.)*³⁵ contestaient, en invoquant les articles 7, 12 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*³⁶ (*Charte*), une interdiction à vie de recevoir des prestations d'aide sociale qui leur avait été imposée. Cette interdiction a été annulée suite à un changement de gouvernement dans la province et les parties ont convenu de régler le litige, à l'exception de la question des dépens. Étant donné l'importance des questions en litige, des procureurs avaient accepté de représenter les appelants, sachant qu'ils ne seraient peut-être jamais payés. Les appelants estimaient qu'ils avaient droit à leurs dépens puisqu'ils avaient obtenu par voie de règlement le redressement demandé dans leur avis de requête. La majorité de la Cour divisionnaire de l'Ontario s'est inspirée des principes dégagés dans les motifs des juges majoritaires dans l'arrêt *Okanagan* pour donner gain de cause aux appelants³⁷ :

³⁵ [2004] O.J. N° 2431 (Cour div.). Voir aussi, dans un contexte linguistique, *East Central Francophone Education Region N° 3 c. Alberta*, [2004] A.J. N° 630 (B.R.).

³⁶ 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.

³⁷ *Broomer c. Ontario (P.G.)* (2004), 188 O.A.C. 199 ; *Johnson c. Ontario (P.G.)*, [2004] O.J. N° 2431 aux para. 15, 20 (Cour div.).

Charter litigants, particularly those seeking their equality rights under s.15 are often disadvantaged, poor, members of powerless groups in society, disabled, or a combination of several of these categories. In this case, ... all applicants are struggling to feed, clothe, and provide the necessities of life for themselves and their families. None obviously, is in any position to fund a *Charter* application of this nature. The only way their *Charter* challenge to the legislation at issue could proceed was through the *pro bono* intervention of lawyers experienced in this area of law. It is therefore appropriate to award costs to lawyers acting in this capacity in order to encourage them to continue taking on cases of this nature. Their continued participation in *pro bono* work ensures that disadvantaged citizens, such as these applicants, receive access to justice. ...

In this case, [les conditions de l'arrêt *Okanagan*] have clearly been met. ... Although this litigation did proceed despite the applicants' impecuniosity, it did so only through the public spirited generosity of their counsel. As noted above, ... there is public interest in encouraging experienced counsel to undertake *Charter* litigation of broad concern on a *pro bono* basis. The encouragement must take the form of the real possibility of receiving costs in appropriate cases that meet the criteria set out in *Okanagan, supra*.

Dans l'affaire *Barclay (Guardian ad litem of) c. British Columbia*, la demande de dépens de l'intimée, pourtant victorieuse, a été rejetée par la Cour suprême de la Colombie-Britannique. Cette dernière a plutôt jugé bon d'ordonner à l'intimée de payer les dépens des parents demandeurs. Les demandeurs recherchaient un remboursement ou un financement des frais encourus au profit de leur enfant souffrant d'autisme dans le cadre d'un litige en vertu de l'article 15 de la *Charte*. Or, l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Auton (Tuteur*

à l'instance de) *c. Colombie-Britannique*³⁸ avait été rendu avant l'instruction de l'instance des demandeurs et rendait celle-ci théorique. Par conséquent, l'intimée demandait ses dépens pour le motif qu'elle avait eu gain de cause en raison de l'arrêt de la Cour suprême du Canada. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a constaté que le litige dont elle était saisie débordait les intérêts des parties (en effet, quatorze (14) intervenants y avaient participé) et que la situation financière des demandeurs était précaire. La Cour suprême de la Colombie-Britannique motive ainsi sa décision d'ordonner à l'intimée de payer les dépens des demandeurs³⁹ :

In the present case it is clear that the issues raised are of utmost importance and concern, issues which go to the heart of important Canadian values such as equality rights, universal healthcare and education. Although these issues were raised by plaintiffs who stood to gain personally from a successful outcome, it must be kept in mind that their personal gain would be nothing more than reimbursement for and continuing medical treatment for their autistic child... Beyond the specific facts of the case, it must also be kept in mind that the Supreme Court of Canada in *Okanagan Indian Band* ... has held that access to justice is an important consideration in awarding costs in public interest cases.

Il est intéressant de noter la façon dont la Cour suprême de la Colombie-Britannique a calculé le montant des dépens qui seraient accordés aux demandeurs, cette dernière ayant refusé de conclure qu'un taux horaire de trois cent cinquante dollars (350 \$) était excessif : « ... it would seem incongruous to use the Court's discretion to grant costs in the case of public interest litigation so

³⁸ [2004] 3 R.C.S. 657.

³⁹ [2005] B.C.J. N° 979 au para. 33.

as to encourage access to justice only to have costs granted at a scale which would effectively defeat this purpose »⁴⁰.

Les principes de l'arrêt *Okanagan* n'éclipsent cependant pas complètement les principes traditionnels devant guider l'octroi des dépens. Par exemple, la Cour suprême de la Colombie-Britannique a suivi l'arrêt *Sierra Club of Western Canada c. British Columbia (Chief Forester)*⁴¹ dans l'affaire *Western Canada Wilderness Committee c. Kennah*⁴² en enjoignant le Western Canada Wilderness Committee (comité) de rembourser les dépens de la défenderesse, une compagnie forestière. Le comité avait plaidé que sa requête était d'intérêt public et était suffisamment spéciale pour justifier, étant donné les principes de l'arrêt *Okanagan*, que la compagnie forestière assume ses dépens. Cette dernière avait cependant obtenu gain de cause et la Cour rejeta catégoriquement l'idée qu'une compagnie privée soit contrainte à « financer » un litige d'intérêt public qu'elle a dû défendre. Par ailleurs, à l'issue d'une instance introduite par une Bande indienne ne soulevant pas de question litigieuse sérieuse et jugée très spéculative, la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta ordonna à la Bande indienne de défrayer une part modeste des dépens de l'intimé⁴³. En revanche, dans l'affaire *Pauli c. ACE INA Insurance Co.*⁴⁴, la Cour d'appel de l'Alberta a cassé la décision du juge de première instance d'ordonner aux demandeurs dans un recours collectif visant l'interprétation d'une disposition de la *Insurance Act*, L.R.A. 2000, c. I-3, de payer solidairement des dépens d'au moins cent quinze mille dollars (115 000 \$). Dans cette affaire, aucun des demandeurs n'aurait touché plus de mille dollars (1 000 \$). La Cour d'appel de l'Alberta explique ainsi les conséquences qu'aurait pu avoir la décision du juge de première instance⁴⁵ :

⁴⁰ [2005] B.C.J. N° 979 aux para. 44-46 (C.S.).

⁴¹ (1994), 94 B.C.L.R. (2d) 331 (C.S.).

⁴² [2004] B.C.J. N° 1175 (C.S.).

⁴³ *Papaschase Indian Band c. Canada (P.G.)*, 2004 ABQB 913.

⁴⁴ (2004), 242 D.L.R. (4th) 420 (C.A. Alb.).

⁴⁵ *Pauli c. ACE INA Insurance Co* (2004), 242 D.L.R. (4th) 420 au para. 34 (C.A. Alb.).

Such an award curtails access to justice because it has a chilling affect on future potential litigants. Lawyers and other third parties, who might be willing to underwrite the costs of a potentially meritorious representative action, would be unwilling to do so if they knew they would face crippling costs merely because they offered this financial assistance. Individual litigants, whose stake in the litigation is relatively small, would then be unwilling to pursue the action.

Nous nous tournons maintenant aux jugements portant plus précisément sur des demandes de provisions pour frais.

(1) Les ressources de la partie demandant une provision pour frais

Le premier critère devant être considéré par une Cour devant décider du bien-fondé d'une demande de provision pour frais est celui de savoir si la partie en faisant la demande n'a véritablement pas les moyens de payer les frais occasionnés par le litige et ne dispose d'aucune autre source de financement réaliste lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal. Le dossier de preuve faisant état de la pauvreté des Bandes dans l'affaire *Okanagan* était complet, comprenant des affidavits et des photographies des conditions de vie sur certaines des réserves. Il appert que les tribunaux inférieurs sont tout aussi exigeants dans leur évaluation des allégations d'impécuniosité à l'appui d'une demande de provision pour frais⁴⁶. La jurisprudence sur cette question est abondante et mérite selon nous une attention particulière en raison du caractère relativement objectif de ce premier critère.

⁴⁶ Voir, en plus des causes présentées, *Hétu c. Notre-Dame-de-Lourdes (Municipalité de)*, 2005 QCCA 199 (où le demandeur était si pauvre que ses avocats avaient demandé de cesser d'occuper).

Dans l'affaire *Deans v. Thachuk*⁴⁷, les demandeurs, membres d'un syndicat alléguant notamment des manquements à des devoirs fiduciaires, ont amené une deuxième requête visant à forcer les fiduciaires et les administrateurs d'un régime de retraite à payer une provision pour frais. La juge de la Cour du Banc de la Reine a rejeté la requête, notamment en raison de l'absence de preuve pouvant lui permettre d'apprécier la situation financière des requérants. Seul un affidavit avait été déposé au soutien de la requête, par lequel les demandeurs prétendaient ne pouvoir se permettre de payer leurs dépens et leurs honoraires. La juge de première instance a noté qu'aucune campagne de financement ne semblait avoir été lancée ; seuls des efforts informels en ce sens avaient été entamés. En contre-interrogatoire, le signataire de l'affidavit a affirmé que les demandeurs n'avaient pris aucune démarche formelle afin d'aviser les autres membres du régime de retraite de leurs démarches juridiques. La preuve révélait que plus de cent quatre-vingt (180) membres du régime de retraite (parmi les plus de cinq mille cinq cent (5 500) membres actifs de ce régime et mille trois cent (1 300) membres à la retraite) avaient ensemble contribué quinze mille dollars (15 000 \$) au litige. Aucune contribution financière n'avait encore été sollicitée de leur syndicat. Les demandeurs estimaient que les frais du litige pourraient s'élever à deux cent mille dollars (200 000 \$), un coût total dont plusieurs membres ne semblaient pas être informés. Les demandeurs n'ayant évidemment pas épuisé les sources de financement dites « traditionnelles » à leur disposition et n'ayant pas sondé la possibilité de conclure une entente d'honoraires conditionnels avec leurs procureurs, la juge de la Cour du Banc de la Reine a refusé de donner suite à la requête pour une provision pour frais.

Dans *Richter & Associés-Partners Inc. c. Dominion Bridge Inc.*⁴⁸, une ordonnance enjoignant le paiement d'une provision

⁴⁷ [2004] A.J. N° 470 (B.R.).

⁴⁸ 2004 CAMB 180.

pour frais a été cassée notamment au motif que la preuve au dossier ne démontrait d'aucune façon l'impécuniosité des requérants. La Cour d'appel du Manitoba s'est exprimée ainsi⁴⁹ :

The finding of impecuniosity is even more tenuous. The facts disclose that there are approximately 53 persons in the plan; about half of them have been contacted, and 20 plan members have apparently contributed approximately \$2,000 in total. Other than the bold statement ... that 20 of the plan members whom he had contacted were not in a position to fund the proceedings, no other details have been provided. No cost estimate has been given to complete the review process authorized by the motions court judge. There is no specific evidence that the plan members are unable to find the necessary funds to obtain a legal opinion after examination of the relevant documents, without the order for costs that has been made in this instance.

Dans l'affaire *Mark Doe c. Canada*⁵⁰, concernant une demande pour une provision pour frais par un demandeur qui n'était pas représenté par un avocat, la Cour fédérale a procédé à une vérification des finances personnelles du demandeur avant de conclure que bien qu'il avait besoin d'argent et qu'il était pauvre, il n'était pas sans fonds non plus. Selon la Cour fédérale, la véritable question à la première étape de l'analyse de l'arrêt *Okanagan* est celle de savoir si le fait de refuser la provision pour frais aura pour effet d'empêcher le litige de procéder. En l'espèce, la Cour fédérale répond par la négative puisque le demandeur était membre du barreau de l'Alberta.

L'affaire *Townsend c. Florentis*⁵¹ concernait une action en négligence par un client contre ses anciens procureurs en droit de

⁴⁹ *Richter & Associés-Partners Inc. c. Dominion Bridge Inc.*, 2004 CAMB 180 au para. 19.

⁵⁰ [2005] FC 537 aux para. 45-50.

⁵¹ [2004] O.J. N° 5770 [Townsend].

la famille. Le demandeur (dont la seconde femme était une dentiste de formation) demandait des déboursés intérimaires de quarante mille dollars (40 000 \$), ainsi qu'une provision pour frais de cinq mille dollars (5 000 \$). La Cour supérieure de l'Ontario tire les conclusions suivantes⁵² :

[...] The plaintiff appears to be able to work, but to have chosen to be unemployed in order to devote his time to litigation. He has no income on which to live, yet has no hesitation in taking on the responsibility of a wife, who will be unable to work in this country for two years, and her child. ...

I do not doubt that the plaintiff is at present impecunious, but I have grave doubts that he needs to be. I do not think that the plaintiff's self-inflicted form of impecuniosity ought to attract the extraordinary relief which he seeks.

The plaintiff holds a 2-hour Legal Aid certificate for an opinion on this action, the usual first step towards Legal Aid's decision on support for the entire action. He says that he cannot find anyone to take it on because lawyers with skill in this area require higher fees than he can provide through the certificate, but has filed no letters from lawyers in support. While Legal Aid is ridiculously underfunded, I cannot accept that, with real effort, the plaintiff could not locate a lawyer to prepare the necessary opinion so that Legal Aid can consider funding his case against these defendants. This obvious potential source of funds is not being adequately explored by him. Until he has obtained the opinion and been refused by Legal Aid, it cannot be said that he will not be able to fund the litigation through Legal Aid.

⁵² *Ibid.* aux para. 20, 23-24 (C.S.).

L'affaire *Re Charkaoui*⁵³ abonde dans le même sens. Celle-ci concernait un requérant qui affirmait ne pas gagner de revenu et dont l'épouse recevait de l'aide sociale. Le requérant avait déposé une attestation d'aide juridique démontrant qu'il avait le droit d'avoir recours à ce programme afin d'assurer sa représentation juridique. Le requérant précisait toutefois que ses avocats n'accepteraient pas de mandat d'aide juridique étant donné l'impossibilité d'obtenir une avance pour frais et l'insuffisance des barèmes d'honoraires. Or, aucune preuve n'avait été présentée devant la Cour fédérale pouvant expliquer comment le requérant avait pu assumer ses obligations envers ses avocats depuis un an. Le juge de la Cour fédérale explique que⁵⁴ :

[b]ien que ce genre de preuve ne soit pas essentiel, il demeure important que la preuve faite dans un tel dossier comprenne un tableau financier le plus complet possible démontrant non seulement la situation financière de la personne concernée, mais aussi celle de son épouse et sa famille. S'il n'y a aucune possibilité de recours à d'autres moyens, ni d'accès à d'autres sources financières, il est important de le mentionner car c'est la personne concernée qui a le fardeau de la preuve dans le cadre d'une telle requête.

Ayant dit ceci, la Cour fédérale note que le requérant était détenu depuis plus d'un an, n'avait aucun revenu, aucune économie et plus aucune ressources financières. Or, selon le juge, la première condition établie dans l'arrêt *Okanagan* exige que le requérant n'ait accès à aucune autre source de financement lui permettant de soumettre les questions en cause au tribunal. Il était donc problématique que la preuve au dossier ne révélait pas qu'aucun avocat était disponible pour assumer le mandat de présenter les questions en cause au tribunal en contrepartie d'une

⁵³ 2004 CF 900.

⁵⁴ *Ibid.* au para. 24.

rémunération d'un programme d'aide juridique. Étant donné que le système juridique provincial offre au requérant une source de financement par l'entremise du programme d'aide juridique, le juge a conclu que la première condition de l'arrêt *Okanagan* n'était pas rencontrée.

En définitive, la jurisprudence interprétant l'arrêt *Okanagan* illustre à quel point le critère de l'impécuniosité pourra s'avérer difficile à rencontrer.

(2) *Le litige mérite-t-il prima facie d'être instruit et est-il exceptionnel ?*

Une partie qui serait incapable d'ester en justice sans une provision pour frais doit par ailleurs convaincre la Cour que le litige mérite *prima facie* d'être instruit. Ce second critère rejoint le troisième critère du caractère suffisamment exceptionnel du litige. En effet, un litige ne pourra justifier une provision pour frais que si les questions qui sont soulevées dépassent le cadre des intérêts des parties, revêtent une importance pour le public et n'ont pas encore été tranchées.

L'affaire *Re Charkaoui*⁵⁵, que nous venons d'aborder, laisse croire que cette dernière condition sera particulièrement difficile à rencontrer. Cette affaire concernait l'obtention d'un jugement déclaratoire constatant l'abus de procédure et la violation des droits constitutionnels du requérant et concluant notamment à l'existence d'une probabilité de torture, de menaces à la vie et de soumission à des traitements ou peines cruels et inusités si le requérant retournait au Maroc. Le requérant visait également l'obtention d'un jugement déclarant inconstitutionnelles et inopérantes certaines dispositions de la *Loi sur l'immigration et la protection des réfugiés*, L.C. 2001, c. 27, et le déclarant « personne protégée » selon cette loi. La Cour fédérale a rejeté la demande de

⁵⁵ Ibid.

provision pour frais, considérant que les questions soulevées, quoiqu'importantes, étaient ni particulières, ni exceptionnelles et qu'il n'existait pas des circonstances suffisamment spéciales pour la convaincre que les questions soulevées appartenaient à la catégorie restreinte de causes justifiant l'exercice exceptionnel du pouvoir discrétionnaire d'ordonner une provision pour frais⁵⁶.

Les tribunaux exigent que le caractère suffisamment spécial du litige soit clairement démontré⁵⁷. Le seul fait d'invoquer la *Charte* ne suffit pas à qualifier le recours de cas spécial pouvant donner ouverture à l'octroi d'une provision pour frais⁵⁸. Le fait de voir à la mise en œuvre de la *Charte* est également insuffisant en soi. Une ordonnance de provision pour frais a été renversée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans une affaire⁵⁹ concernant la lenteur de l'intimée à mettre en œuvre un arrêt de la Cour suprême du Canada⁶⁰. La lenteur de la mise en œuvre de l'arrêt de cette dernière n'était pas, selon une Cour d'appel unanime, d'une importance telle qu'elle pourrait justifier une provision pour frais. La Cour d'appel s'explique ainsi⁶¹ :

Freedom of expression is of public interest at any time, as is compliance with court orders. However, it is only the « special » case that will engage the extraordinary step of requiring the public purse to contribute funds,

⁵⁶ Voir aussi *Townsend*, *supra* note 51 aux para. 56-59 (C.S.) (une action en négligence par un ancien client contre ses procureurs n'est pas suffisamment spéciale pour justifier une provision pour frais ; la Cour explique au para. 56 que « there must exist some factor which decisively lifts the applicant's case out of the generality of cases »).

⁵⁷ Voir par exemple *Deans c. Thachuk*, [2004] A.J. N° 470 (B.R.).

⁵⁸ *Mocreebec Council of the Cree Nation c. Québec (P.G.)*, 2005 IIJCan 9509 (C.S. Qué.) au para. 56.

⁵⁹ *Little Sisters Book and Art Emporium c. Canada (Commissioner of Customs and Revenue)*, 2005 BCCA 94 [Little Sisters]. La demande d'autorisation d'interjeter appel de cet arrêt devant la Cour suprême du Canada a été accueillie le 17 novembre 2005.

⁶⁰ *Little Sisters*, *supra* note 59.

⁶¹ *Ibid.* aux para. 57, 61, 71-73.

through advanced costs, to the prosecution or defence of a case. ...

Little Sisters assumed the role of watchdog over Customs. ...

[L'avocat des intimés] said that no government agency or department has performed the watchdog role that has been undertaken by Little Sisters. But the fact is that the public has not appointed Little Sisters to this role. ... Little Sisters not only wants to have Customs found to have incorrectly classified the books in question but wants to be financed as the instrument to reform Customs.

L'on constate, à la lumière de la jurisprudence interprétant l'arrêt *Okanagan*, que ses critères sont appliqués rigoureusement. Les juges de première instance ont sans doute noté l'avis des juges majoritaires dans l'arrêt *Okanagan* à l'effet que les décisions de première instance d'ordonner ou non des provisions pour frais relèvent en bout de ligne de leur entière discrétion et que celles-ci méritent toute la déférence qui leur revient⁶². Les tribunaux d'appel interviendront néanmoins lorsque nécessaire⁶³.

Enfin, il n'est pas surprenant de constater que les communautés autochtones du Canada ont cherché à multiplier les provisions pour frais depuis l'arrêt *Okanagan*⁶⁴. Les litiges qui en

⁶² *Okanagan*, supra note 7 aux para. 42-44.

⁶³ Voir par exemple *Richter & Associés-Partners Inc. c. Dominion Bridge Inc.*, 2004 MBCA 180, où une provision pour frais a été cassée puisque les requérants n'avaient rencontré aucun des trois critères de l'arrêt *Okanagan* ; voir également *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) c. Seifert*, 2004 FCA 343 au para. 28, où une provision pour frais a été cassée puisque le juge qui l'avait ordonnée avait lui-même constaté qu'il n'y avait pas de preuve au dossier que l'intimé n'avait pas les fonds nécessaire pour s'assurer une représentation juridique. Voir également 9022-8818 *Québec inc. (Magil Construction inc.) (Syndic de)*, 2002 QCCA 275.

⁶⁴ Voir par exemple *Tsilhqo'tin Nation c. British Columbia*, [2004] B.C.J. N° 937 (C.S.) ; *Tsilhqo'tin Nation c. British Columbia*, [2004] B.C.J. N° 1598 [Tsilhqo'tin] ; *Tsilhqo'tin Nation c. British Columbia*, [2004] B.C.J. N° 2442 (C.S.) ; *R. c. Fournier*, [2004] O.J. N° 1136

découlent sont parmi les plus novateurs, poussant les limites du contrôle judiciaire en la matière. Dans l'affaire *Tsilhqo'tin Nation c. British Columbia*⁶⁵, par exemple, les avocats de la Bande indienne demandaient une majoration du taux d'une provision pour frais déjà accordée et représentant la moitié des dépens calculés sur une base majorée⁶⁶. La Bande indienne estimait que cette provision était insuffisante pour permettre à leurs procureurs d'occuper. En réponse, les procureurs des défendeurs ont invité la Cour à vérifier les états financiers du cabinet d'avocats des demandeurs. Par ailleurs, les défendeurs ont demandé à la Cour d'enjoindre aux avocats des demandeurs de proposer un horaire de travail qui aurait à être adopté et ensuite supervisé par la Cour. La Cour suprême de la Colombie-Britannique a répondu ainsi à ces suggestions⁶⁷ :

I have peered into that abyss and I have no difficulty in saying it is a leap I decline to take. I conclude that it would be wrong for me as the trial judge and wrong for the court to look at the economics of a law firm and the profitability of the work it is engaged in. I must find some principled objective way to fix the costs to be paid in advance that will avoid the need to look at the private financial information relating to the law firm representing the plaintiff while at the same time ensuring that the order does not expose the defendants to "unreasonable or excessive costs".

(C.S.) (où une preuve financière rigoureuse était devant la Cour (aux para. 23-29) et où la Cour ordonna une provision pour frais de dix-sept mille cinq cent dollars (17 500 \$), sans préjudice aux sommes que pourrait octroyer Aide Juridique Ontario, mais qui devant être dépensée conformément à la proposition des procureurs des requérants et devant faire l'objet d'un rapport déposé auprès de la Cour ventilant la dépense de ces sommes et confirmant la remise de toute sommes non dépensées).

⁶⁵ *Tsilhqo'tin*, *supra* note 64.

⁶⁶ *Roger William c. Riversitde Forest Products Ltd.*, 2001 BCSC 1641 aux para. 34-35.

⁶⁷ *Tsilhqo'tin*, *supra* note 64 aux para. 15-16 (C.S.).

The setting of appropriate costs in advance is a much different task from the fixing of costs after the litigation has concluded. After the event it is open to take issue with particular decisions made by counsel or the time spent in the accomplishment of any particular task. Before the event the task of the court is to fix the costs to be paid in a manner that is fair to all the parties.

La Cour a déterminé le taux horaire qu'un « client raisonnable » accepterait de payer à un procureur aux compétences « raisonnables » pour un litige soulevant des questions de titre aborigène en Colombie-Britannique. De ce taux horaire, elle a soustrait une retenue de vingt pourcent (20 %) afin de protéger l'intimée contre des dépens déraisonnables.

En revanche, aucune provision pour frais n'a été ordonnée dans l'affaire *Mocreebec Council of the Cree Nation c. Québec (P.G.)*⁶⁸, notamment parce que le requérant n'avait pas contré la preuve d'un comptable expert à l'effet que ses états financiers révélaient une capacité de payer cent cinquante mille dollars (150 000 \$) en honoraires⁶⁹. Dans *Ochapowace Indian Band c. Saskatchewan (Minister of Justice)*⁷⁰, la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a rejeté une demande de provision pour frais dans le cadre de l'appel d'un jugement concernant le défaut de déclarer des taxes fédérales, et ce notamment en raison du fait qu'un tribunal avait déjà, en première instance, eu l'opportunité de se pencher sur les arguments et la preuve des demandeurs avant de les rejeter.

Étonnamment, l'arrêt *Okanagan* ne semble pas avoir été invoqué jusqu'à maintenant dans un litige soulevant les droits linguistiques des minorités nationales du pays.

⁶⁸ 2005 IIJCan 9509 aux para. 40-49 (C.S. Qué.).

⁶⁹ Voir *Ochapowace Indian Band c. Saskatchewan (Minister of Justice)*, 2004 SKQB 486 au para. 21 (où une provision de frais a été refusée en raison du défaut de divulguer les états financiers des commerces opérés par la partie demanderesse).

⁷⁰ *Ibid.* aux para. 22-23.

C - Le recours aux provisions pour frais dans le cadre de litiges soulevant des questions linguistiques

Nous estimons que la jurisprudence ultérieure à l'arrêt *Okanagan* suggère que la provision pour frais sera disponible dans le cadre de litiges de toutes sortes, tant et aussi longtemps que les critères exigeants établis par la Cour suprême du Canada auront été rencontrés. Au minimum, nous sommes en mesure de constater qu'aucune cause ne suggère qu'une provision pour frais ne serait pas disponible dans un litige soulevant des questions de droit linguistique. Ceci n'est pas surprenant étant donné qu'aucune provision pour frais ne semble avoir été accordée dans un litige linguistique⁷¹.

Or, signalons ici qu'un montant pour déboursier une partie des honoraires et des dépens qu'allait devoir encourir des demandeurs dans un dossier linguistique a été accordé provisoirement dans l'affaire *Fédération franco-ténoise c. Canada (P.G.)*⁷². Cette affaire concerne l'étendue des droits linguistiques des communautés d'expression française des Territoires du Nord-Ouest et risque d'avoir des répercussions juridiques, politiques et sociales très importantes non seulement aux Territoires du Nord-Ouest, mais aussi au Yukon et au Nunavut. La juge de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta était saisie de requêtes des défendeurs demandant l'autorisation de modifier leurs défenses. Ces requêtes furent accueillies, malgré avoir été amenées tardivement, puisque les modifications furent jugées nécessaires pour assurer une défense pleine et entière de l'action et pour permettre que les vraies questions en litige soient tranchées. Or, l'instruction du procès avait débutée et le procureur des

⁷¹ La suggestion qu'une provision pour frais a été signalée dans Mark Power et André Braën, « Les recours en matière de droits linguistiques » dans Michel Bastarache, dir., *Les droits linguistiques au Canada*, 2^e éd., Montréal, Yvon Blais, 2004 à la p. 590.

⁷² Numéro de dossier de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest : S-0001-CV-2001000345 (motifs déposés le 13 septembre 2005).

demandeurs avait indiqué qu'il ne bénéficiait pas de l'assistance d'autres avocats et ne pouvait pas réaliser le travail additionnel exigé par les modifications aux défenses sans nuire à sa préparation du procès. Ainsi, selon la Cour du Banc de la Reine, il était « raisonnable et juste » que les défendeurs versent une somme suffisante en forme de dépens pour permettre à l'avocat des demandeurs d'obtenir l'assistance d'un avocat ou d'une avocate pour entreprendre la recherche des questions soulevées par les modifications des défenses. La Cour du Banc de la Reine a ordonné que les défendeurs versent ensemble la somme provisoire de sept mille cinq cent dollars (7 500 \$), afin de permettre trente (30) heures de recherche à un taux horaire de deux cent cinquante dollars (250 \$), dans les plus brefs délais⁷³. La Cour du Banc de la Reine a ajouté que les demandeurs auraient à fournir aux défendeurs à la fin du procès un compte-rendu de leur recherche réalisée grâce à ces dépens et, s'il y a lieu, à rembourser toute somme excédentaire.

Cette ordonnance ne constitue toutefois pas un exemple d'une « provision pour frais » selon le sens que nous avons donné à cette expression dans la présente étant donné que la « décision ultime » par rapport aux dépens ordonnés provisoirement a été remise à la fin du procès. En effet, la Cour du Banc de la Reine ne mentionne pas l'arrêt *Okanagan* dans ses motifs. Généralement, des ordonnances de la sorte ne seront pas souhaitables lorsque la partie qui en bénéficie rencontre les critères de l'affaire *Okanagan* puisqu'elles n'offrent aucune certitude financière aux parties profitant de ces « prêts ». Selon nous, le bien-fondé de l'ordonnance de la Cour du Banc de la Reine est discutable étant donné la pénurie de ressources financières et humaines à la

⁷³ *Fédération franco-ténoise c. Canada (P.G.)*, numéro de dossier de la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest : S-0001-CV-2001000345 (motifs déposés le 13 septembre 2005) au para. 20.

disposition des demandeurs⁷⁴ et les conséquences importantes des questions en litige que ceux-ci soulèvent.

Nous ne pouvons pas expliquer pourquoi les litiges linguistiques ne semblent pas avoir contribué au développement des principes régissant l'octroi des provisions pour frais. Pourtant, force est de constater que plusieurs des litiges soulevant des questions de droit linguistique constituent des litiges d'« intérêt public » exceptionnels. Comment pourrait-il en être autrement lorsque la plupart de ceux-ci visent justement à faire reconnaître la place et l'accommodement des communautés de langue officielle du pays ou à améliorer ceux-ci ? Il appert que les principes issus de l'arrêt *Okanagan* sont d'application générale, c'est-à-dire qu'ils ne sont pas limités aux litiges concernant des questions de droit autochtone. Il ne faudrait cependant pas sous-estimer l'importance du contexte de l'arrêt *Okanagan*. Le professeur Roach abonde dans le même sens⁷⁵ :

The majority's opinion in *Okanagan Indian Band* could have been improved by more attention to the underlying rights at stake as a means to give content to the laudatory concern with facilitating access to justice. Even if s. 35 of the *Constitution Act, 1982* or s. 15 of the *Charter* does not require interim costs as a matter of right, they may provide important background support or « constitutional hints » that could help justify the award.

Rappelons que l'arrêt *Okanagan* concernait le sort de Bandes autochtones aux prises avec un litige contre un gouvernement provincial dans une situation où leur survie en était menacée. Un litige de nature linguistique qui concerne le sort des membres d'une communauté constitutive d'une des nations fondatrices du pays et dont la protection et l'épanouissement

⁷⁴ *Ibid.* au para. 9.

⁷⁵ K. Roach, *Constitutional Remedies in Canada*, feuilles mobiles, Canada Law Book au para. 11.936.4.

constituent des conditions *sine qua non* à la survie de l'État⁷⁶ ne devrait-il pas également être jugé suffisamment exceptionnel pour rencontrer le troisième critère de l'arrêt *Okanagan* ?

Il nous paraît en fait raisonnable de croire que certains des litiges linguistiques des dernières années auraient été jugés suffisamment exceptionnels pour rencontrer ce troisième critère, ne serait-ce qu'en raison des conséquences qu'ils allaient avoir sur l'ordre juridique du pays ainsi que sur l'administration publique. Pensons par exemple aux questions en litige tranchées par les affaires *Mahé c. Alberta*⁷⁷ (le droit à la gestion scolaire), *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*⁷⁸ (le droit à une école située dans une communauté de langue officielle et le droit à la gestion scolaire), *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse*⁷⁹ (la mise en œuvre du droit à l'instruction dans la langue de la minorité) et *R. c. Mercure*⁸⁰ (l'étendue des droits linguistiques en Saskatchewan).

Par ailleurs, la grande majorité des litiges linguistiques qui ont été instruits méritaient de l'être. Enfin, le critère de l'impécuniosité aurait peut-être été plus difficile à rencontrer dans plusieurs cas. De nombreux litiges linguistiques n'ont été instruits qu'en raison d'un appui du programme des droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire, grâce à des ententes conditionnelles sur les honoraires ou en raison de la volonté des procureurs de n'exiger que des honoraires réduits ou aucun honoraire. En définitive, l'instruction de ces litiges pourrait confirmer l'accès à la justice qu'ont eu jusqu'à maintenant des représentants de plusieurs communautés de langue officielle du pays malgré d'importants défis pécuniaires. Ainsi, dans plusieurs cas, des provisions pour frais n'étaient donc pas absolument

⁷⁶ *R. c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234 à la p. 269 ; *Lalonde c. Ontario (Commission de restructuration des soins de santé)* (2001), 56 R.J.O. (3^e) 577 au para. 112 ; *Solski (Tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 201 aux para. 7-9.

⁷⁷ [1990] 1 R.C.S. 342 [*Mahé*].

⁷⁸ [2001] 1 R.C.S. 3 [*Arsenault-Cameron*].

⁷⁹ [2003] 3 R.C.S. 3 [*Doucet-Boudreau*].

⁸⁰ [1988] 1 R.C.S. 234 [*Mercure*].

nécessaires. Le nombre de litiges linguistiques abandonnés ou jamais intentés⁸¹, ou encore les argumentations écourtées ou minimisées en raison de l'étendue de la preuve historique requise et de l'impécuniosité des demandeurs seraient toutefois peut-être plus révélateur du défi d'accès à la justice vécu par les communautés de langue officielle.

Les litiges linguistiques ont certes contribué de façon plus générale aux principes régissant l'octroi des dépens dans le cadre de litiges d'intérêt public⁸². En effet, la jurisprudence révèle que les dépens seront souvent accordés sur une base procureur-client lorsque les gouvernements manquent, par exemple, aux obligations qui leur sont imposées par l'article 23 de la *Charte*. Par exemple, dans l'affaire *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*⁸³, la Cour suprême du Canada a confirmé la décision du juge du procès d'accorder aux demandeurs leurs dépens sur une base procureur-client pour le motif que les demandeurs se sont vus refuser un droit constitutionnel très élémentaire sans raison légitime. Dans l'affaire *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*⁸⁴, la Cour suprême du Canada a accordé aux demandeurs leurs dépens devant toutes les cours, sur la base procureur-client, y compris les dépens relatifs aux auditions de comptes rendus, au motif que les demandeurs, malgré leurs nombreux efforts, ont constamment été victimes d'une négation

⁸¹ Par exemple, la *Loi sur les services en français*, L.R.O. 1990, c. F-32 n'a fait l'objet que de deux litiges jusqu'à maintenant.

⁸² Voir notamment *Marchand c. Simcoe (County) Board of Education* (1986), 12 C.P.C. (2d) 140 (H.C.J. Ont.) (où il a été jugé convenable et juste d'enjoindre l'intimée de payer tous les dépens de la partie demanderesse en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte*). Concernant la question des dépens comme une réparation convenable et juste aux termes du paragraphe 24(1) de la *Charte*, voir *R. c. 974649 Ontario Inc. (Dunnedin)*, [2001] 3 R.C.S. 575 aux pp. 613-618; *R.C. c. Québec (P.G.)*, 2002 CSC 52; *R. c. Beauchamps*, [2002] 2 R.C.S. 762.

⁸³ *Arsenault-Cameron c. Prince Edward Island* (1997), 147 Nfld. & P.E.I.R. 308 aux pp. 349-350 (C.S. Î.-P.-É.), conf. sur ce point par *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, *supra* note 78 au para. 63.

⁸⁴ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 79 au para. 90. Voir aussi *Leduc c. Canada*, [2000] A.C.F. N° 716 au para. 21.

des droits que leur garantit la *Charte*. La Cour suprême du Canada a ajouté que la province n'avait pas respecté les obligations correspondantes qu'elle avait envers les demandeurs, même si elle était nettement au courant de leurs droits. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a pour sa part motivé ainsi sa décision d'enjoindre l'intimée de payer des dépens majorés dans l'affaire *East Central Francophone Education Region No. 3 c. Alberta (Minister of Education)*⁸⁵ :

J'ai déjà conclu que le Conseil a eu gain de cause par voie du règlement. En outre, l'histoire de cette affaire démontre que si le Conseil n'avait pas commencé les procédures en cours, le gouvernement n'aurait pas sérieusement reconsidéré la demande du Conseil dans un délai qui permettrait qu'une décision soit prise dans le cadre des allocations de financement pour l'année 2004-05. Enfin, on ne peut pas sous-estimer l'importance à la minorité francophone des questions soulevées par le Conseil dans cette action, questions de droits fondamentaux garantis par la Charte.

Le paragraphe 82(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, 4^e supp., c. 31 est fort intéressant. Il prévoit explicitement que dans les cas où la Cour estime que l'objet d'un recours en vertu de celle-ci a soulevé un « principe important et nouveau », elle *doit* accorder les frais et les dépens à l'auteur du recours, même s'il est débouté⁸⁶. Les parties intentant des litiges ayant trait

⁸⁵ 2004 ABQB 428 au para. 44.

⁸⁶ Dans l'affaire *Desrochers c. Canada (Industrie)*, 2005 CF 987 au para. 76, la Cour a rejeté la demande des demandeurs mais n'a pas cru approprié de prononcer une ordonnance quant aux dépens. La Cour ne discute pas du paragraphe 82(2) de la *Loi sur les langues officielles*, L.R.C. 1985, 4^e supp., c. 31 malgré la conclusion nouvelle qu'Industrie Canada avait une obligation statutaire, en vertu de l'article 25 de la *Loi sur les langues officielles* de s'assurer que la société d'aide au développement des collectivités de Simcoe Nord fournissait des services égaux en français et en anglais. L'opposition vigoureuse de l'intimée à cette prétention confirme-t-elle l'importance de cette dernière ?

à la *Loi sur les langues officielles*, ont intérêt à invoquer cette disposition plus régulièrement.

Dans certains cas, le législateur a expressément prévu la possibilité qu'un tribunal ordonne au gouvernement de défrayer les dépens d'une partie représentant l'intérêt public mais dépourvue des ressources requises pour le faire. Le renvoi *Reference Re Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan*⁸⁷ invitait la Cour d'appel de la Saskatchewan à se pencher sur cinq (5) questions concernant l'usage de la langue française devant les tribunaux supérieures de la province. Spécifiquement, trois (3) de ces questions avaient trait au droit « historique » d'utiliser le français devant les cours criminelles des Territoires du Nord-Ouest ; les deux autres se rattachaient à des modifications au *Code criminel*, L.R.C. 1970, c. C-34 donnant le droit aux accusés d'expression française d'être traduits en justice dans cette langue. De toute évidence, ce renvoi était de première importance pour la communauté d'expression française de la Saskatchewan. Naturellement, le Procureur général de la Saskatchewan a participé au renvoi, tout comme l'ont fait le Procureur général du Canada et celui de l'Alberta, ainsi que l'Association canadienne-française de l'Alberta et Alliance Québec. La représentation des intérêts des francophones de la Saskatchewan posait un défi. L'Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan (« ACFCS ») était disposée à participer au renvoi (bien que ce ne fût pas à sa demande que les questions en litige avaient fait l'objet d'un renvoi)⁸⁸ mais n'avait pas les moyens requis pour se payer une représentation juridique adéquate. Or, l'article 6 de la *Constitutional Questions Act*, L.R.S. 1978, c. C-29 prévoit que

⁸⁷ (1987), 58 Sask. R. 161 (C.A.). Voir aussi *Reference re : Firearms Act (Canada)* (1996), 193 A.R. 105 (C.A.).

⁸⁸ L'article 5 de la loi *The Constitutional Questions Act*, L.R.S. 1978, c. C-29 stipule ce qui suit :

The court may direct that any person interested, or, where there is a class of persons interested, any one or more persons as representatives of that class, shall be notified of the hearing, and those persons shall be entitled to be heard.

« Where any interest affected is not represented by counsel the court may request counsel to argue the case in that interest, and reasonable expenses thereof shall be paid out of the general revenue fund. » C'est ainsi que la requête de l'ACFCS visant à enjoindre le gouvernement de la Saskatchewan à déboursier les frais de sa représentation juridique a été accueillie. L'honorable juge Bayda s'explique ainsi, en une brève phrase⁸⁹ :

There will be a further order under s.6 of *The Constitutional Questions Act* directing that the reasonable expenses of the Association culturelle franco-canadienne de la Saskatchewan respecting this reference be paid out of the consolidated fund.

Les dispositions législatives⁹⁰ pouvant justifier une provision pour frais de façon explicite dans les domaines autres que le droit de la famille⁹¹ et le droit des fiducies, de la faillite et des sociétés sont rares. En l'absence de telles dispositions, une partie doit rencontrer les exigences de l'arrêt *Okanagan*.

Les permutations possibles des requêtes pour provision pour frais afin d'assurer l'instruction d'un litige soulevant des questions de droit linguistique nous semblent très nombreuses. De façon générale, la jurisprudence suggère que les tribunaux seront plus disposés à accorder des provisions pour frais lorsqu'ils

⁸⁹ Reference re : Use of French in Criminal Proceedings in Saskatchewan, [1985] S.J. N° 768 (C.A.).

⁹⁰ Par exemple, une provision pour frais peut être ordonnée en vertu de la règle 400(6)(a) des Règles des Cours fédérales, DORS/98-106. Voir par exemple *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) c. Seifert*, 2004 FCA 343. Voir aussi le paragraphe 81(1) de la Loi sur les langues officielles, L.R.C. 1985, 4^e supp., c. 31.

⁹¹ Voir par exemple le paragraphe 24(12) des Règles en matière de droit de la famille, règlement de l'Ontario 114/99, dont la jurisprudence s'inspire libéralement de l'arrêt *Okanagan*. Voir par exemple *Agresti c. Hatcher*, [2004] O.J. N° 910 (C.S.) ; *V.A.W. c. R.L.*, [2004] O.J. N° 3418 (C.S.) ; *Boris c. Boris*, [2005] O.J. N° 971 (C.S.) ; *Biddle c. Biddle*, [2005] O.J. N° 737.

seront saisis de litiges soulevant des questions en litige soigneusement ciblées⁹².

Dans le cadre d'un litige intenté par un particulier, celui-ci aura à démontrer son impécuniosité de façon concrète. Une vérification détaillée de ses finances et de celles des membres de sa famille sera nécessaire. Il sera également crucial de démontrer que les autres possibilités de financement auront été épuisées ou sont insuffisantes pour permettre l'instruction du litige, que ce soit un financement du programme des droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire, d'un programme d'aide juridique ou d'un organisme tiers tel un commissaire aux langues officielles ou, encore, un financement découlant d'une levée de fonds. La possibilité de retenir des conseillers juridiques compétents dans le domaine acceptant d'occuper gratuitement ou selon une entente conditionnelle d'honoraires devra également avoir été considérée et écartée. Notons que des ententes d'honoraires conditionnels ne seront parfois pas appropriées⁹³. Dans l'affaire *Okanagan*, les juges majoritaires ont signalé que la conclusion du juge des requêtes qu'une entente d'honoraires conditionnels aurait peut-être été une solution de rechange viable quant au financement du litige n'était étayée par aucun élément de preuve. Les juges majoritaires ont plutôt convenu avec la Cour d'appel de la Colombie-Britannique que la perspective que les Bandes puissent retenir les services d'un avocat ou d'une avocate sur une base d'honoraires conditionnels semblait « irréaliste dans les circonstances particulières de l'espèce »⁹⁴.

Dans le cas des institutions de la minorité créés dont les pouvoirs découlent d'une loi, tel un conseil ou une commission scolaire, il sera également important de démontrer que les marges de crédit disponibles ont été épuisées ou d'expliquer comment le cadre législatif ou réglementaire applicable frustre la possibilité de

⁹² Voir par exemple *Little Sisters*, *supra* note 59 aux para. 36-42.

⁹³ *Tsilhqo'tin*, *supra* note 64 au para. 30 (C.S.).

⁹⁴ *Okanagan*, *supra* note 7 au para. 44.

garantir une représentation juridique adéquate. Bien qu'un procès visant l'obtention du financement nécessaire à la construction d'un nouvel établissement scolaire, par exemple, puisse être très dispendieux, il sera peut-être difficile de démontrer qu'un conseil ou qu'une commission scolaire dont les budgets opérationnels s'élèvent à plusieurs dizaines de millions de dollars est dans l'impossibilité d'instruire un litige sans une provision pour frais.

Cela étant, une provision pour frais devrait être accueillie lorsqu'elle est demandée par un conseil ou une commission scolaire, recherchant par exemple le financement nécessaire à la construction d'un établissement scolaire là où une telle dépense paraît justifiée par le nombre, ne pouvant véritablement pas procéder avec le litige à défaut d'une provision pour frais. Une cour de justice serait peut-être plus disposée à ordonner une provision pour frais dans le cas d'un petit organisme devant composer avec un état financier limitant sa marge de manœuvre⁹⁵ ou devant défendre des requêtes intérimaires, par exemple une requête visant la transformation d'une requête en action en justice⁹⁶. Rappelons que dans l'affaire *Okanagan*, les Bandes étaient appelées à résister une instance introduite par le ministre des Forêts afin de faire respecter des ordonnances de cessation des travaux forestiers entamés par les Bandes. Le ministre des Forêts insistait que le litige ne pouvait procéder de façon sommaire. Par ailleurs, la situation financière des Bandes était précaire et deux d'entre elles avaient attesté que le ministère des Affaires indiennes et du Nord était sur le point de leur imposer une gestion externe de leurs finances en raison de l'importance de leurs déficits au niveau de leurs fonds de roulement.

⁹⁵ Par exemple, ceci pourrait être causé par un sous-financement chronique ou par des dispositions législatives freinant la capacité du conseil ou de la commission scolaire de défendre les intérêts des parents ayant le droit de faire instruire leurs enfants dans la langue de la minorité.

⁹⁶ Voir par exemple la règle 753.16 des *Règles de procédure civile de l'Alberta*, règlement de l'Alberta 390/68.

Il nous semble que le scénario décrit au paragraphe précédent serait encore plus convaincant si, en réponse à une demande d'aveu⁹⁷ formulée par un conseil ou une commission scolaire, le gouvernement provincial ou territorial avait avoué que le nombre d'enfants de parents ayant le droit de les faire instruire dans la langue de la minorité était suffisant pour justifier la construction ou la réfection d'un établissement scolaire quelconque. Une telle situation de fait se rapprocherait, selon nous, de celles qui justifient depuis déjà plusieurs années des provisions pour frais dans le cadre de litiges en matière de droit de la famille, de fiducie, de faillite et de sociétés. Un tel aveu ne pourrait-il pas permettre de conclure à une responsabilité quelconque de la part du gouvernement, bien que l'étendue de cette dernière demeure matière à débat⁹⁸ ? L'injustice ne serait-elle pas manifeste si des facteurs pécuniaires devaient mener à l'abandon d'un tel litige ?

Il se pourrait également que le critère du caractère exceptionnel du litige s'applique de façon différente dans le contexte de litiges soulevant des questions linguistiques. Par exemple, un litige ayant trait à la mise en œuvre d'un droit peut revêtir un caractère très exceptionnel même si le contenu du droit n'est pas en litige⁹⁹. Un litige soulevant la question de savoir si un établissement scolaire donné permet à un conseil ou à une commission scolaire de la minorité d'offrir des programmes d'instruction de qualité égale à ceux offerts dans les écoles majoritaires avoisinantes¹⁰⁰ pourrait avoir des répercussions très importantes sur le sort d'une communauté minoritaire donnée, tout comme un litige visant à garantir que l'instruction dans la

⁹⁷ Voir par exemple la règle 51 des *Règles de procédure civile*, R.R.O., 1990, règlement 194 et la partie 20 des *Règles de procédure civile de l'Alberta*, règlement de l'Alberta 390/68.

⁹⁸ Selon nous, même les juges minoritaires dans l'affaire *Okanagan* pourraient être disposés à accorder une provision pour frais dans une telle situation : voir *Okanagan*, *supra* note 7 aux para. 74-75.

⁹⁹ Voir par exemple *Doucet-Boudreau*, *supra* note 79.

¹⁰⁰ Voir par exemple *Mahé*, *supra* note 77 à la p. 378.

langue de la minorité soit offerte depuis la communauté habitée par les parents ayant droit à une telle instruction¹⁰¹. Il nous semble que de tels litiges seraient souvent exceptionnels, même si les questions juridiques en litige, prisent en faisant abstraction du contexte local, ne le seraient peut-être pas¹⁰².

Notons enfin que nous n'avons pas abordé quel « intérêt public » pourra mériter une provision pour frais dans certains cas. En effet, l'intérêt public méritant une provision pour frais ou une ordonnance de dépens ne fera pas toujours l'unanimité¹⁰³. Par exemple, toujours dans le domaine de l'éducation, est-ce qu'une association de parents ayant le droit de faire instruire leurs enfants aux niveaux primaire et secondaire dans la langue de la minorité et à même les fonds publics pourrait obtenir une provision pour frais dans un litige les opposants à un conseil ou à une commission scolaire de langue française de l'extérieur du Québec ou de langue anglaise du Québec dont le mandat est la défense des intérêts des premiers¹⁰⁴ ? Il nous semble qu'il ne soit pas impossible qu'une requête de la sorte soit accueillie, par exemple lorsqu'un conseil scolaire de la minorité refuse de façon déraisonnable d'offrir un programme d'instruction dans une communauté donnée malgré que le nombre d'élèves inscrits ou qui pourraient se prévaloir d'un tel programme semble le justifier. Peu importe, l'intérêt public inhérent à l'instruction de tels litiges devrait éclipser tout concours entre des parties affirmant chacune défendre un « intérêt public » quelconque¹⁰⁵.

¹⁰¹ Voir *Arsenault-Cameron*, *supra* note 78.

¹⁰² Comparer *Little Sisters*, *supra* note 64.

¹⁰³ Dans l'affaire *Solski (Tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 201, l'appelante a eu droit à ses dépens relativement à toutes les procédures auxquelles elle a participé ; dans l'affaire *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 238, les appelants ont du succomber les dépens des intimés. La Cour suprême du Canada n'a rendu aucune ordonnance relativement aux dépens dans les affaires *Okwuobi c. Commission scolaire Lester-B.-Pearson*, 2005 CSC 16 ; *Zorilla c. Québec (P.G.)*, [2005] 1 R.C.S. 257.

¹⁰⁴ Voir par analogie *Horse Lake First Nation c. Horseman* (2003), 223 D.L.R. (4th) 184 (B.R. Alb.).

¹⁰⁵ Voir B. Berger, « Putting a Price on Dignity: The Problem of Costs in Charter Litigation » (2003) 26 *Advocates' Q.* 235 à la p. 243.

II - CONCLUSION

Nous estimons qu'un juge de première instance pourrait choisir d'enjoindre un pouvoir public de payer une provision pour frais pour garantir l'instruction d'une instance exceptionnelle soulevant des questions de droit linguistique. Cette conclusion est étayée par les principes gouvernant l'octroi des dépens dans les litiges d'intérêt public, dont ceux à caractère linguistique, par l'arrêt *Okanagan* (tant les motifs des juges majoritaires que ceux des juges minoritaires), ainsi que par les jugements qui l'ont interprété.

Au niveau juridique, la partie qui demande une provision pour frais aura le fardeau de la preuve de démontrer que les conditions de l'arrêt *Okanagan* sont réunies. Au moins deux (2) considérations pratiques risquent néanmoins de décourager l'instruction des requêtes visant des provisions pour frais. D'abord, comme toute autre requête, elle prendra du temps. Une requête pour une provision pour frais pourra également détourner les ressources nécessaires à la résolution rapide des questions de fond du litige. L'impécuniosité de la partie requérante ne pourra normalement pas être démontrée sans une preuve étoffée qui pourra inclure un rapport d'expert. Dans une situation de crise, une requête visant des mesures de redressement intérimaires pourrait être entendue en même temps qu'une requête visant une provision pour frais. Si cette seconde requête était refusée, une provision pour frais pourrait de nouveau être demandée lorsqu'un dossier de preuve suffisant aura été complété.

Par ailleurs, l'analyse proposée dans l'arrêt *Okanagan* impose, à juste raison, l'obligation à la partie requérante de démontrer clairement que sa cause justifie une provision pour frais. Cela exigera un travail important de la part de ses procureurs, qui n'auront cependant aucune garantie d'être

rémunérés. Le coût d'une requête visant une provision pour frais pourrait atteindre au moins cinquante mille dollars (50 000 \$), excluant les frais de tout appel. La partie requérante dépendra ainsi de la bonne volonté et de la générosité de membres des barreaux canadiens à faire ce travail de démarchage gratuitement ou selon une entente conditionnelle des honoraires.

D'où l'importance d'organismes tels le Programme de contestation judiciaire, dont l'aide financière et conceptuelle qu'il fournit à des parties ne possédant pas les moyens de faire instruire leurs causes devant les tribunaux est cruciale. En plus de signaler la possibilité d'une provision pour frais aux procureurs d'une partie recherchant un appui financier du programme des droits linguistiques du Programme de contestation judiciaire, il nous semble qu'un financement de ce dernier devrait pouvoir parfois servir de catalyseur à l'obtention de telles provisions. Une telle pratique s'inscrirait dans son mandat d'assurer le développement et l'adjudication des droits linguistiques constitutionnels.

Au niveau conceptuel, l'arrêt *Okanagan* confirme l'importance primordiale du Programme de contestation judiciaire en matière d'accès à la justice. L'arrêt *Okanagan* signale aussi que les tribunaux pourront intervenir pour ordonner des provisions pour frais afin de permettre l'instruction d'un litige lorsqu'un financement du Programme de contestation judiciaire ne sera pas disponible ou que les sommes attribuées par celui-ci seront insuffisantes¹⁰⁶. Au niveau pratique, il nous semble que la communauté juridique œuvrant dans le domaine des droits linguistiques devrait dorénavant songer régulièrement à la possibilité de demander une provision pour frais.

¹⁰⁶ Les gouvernements préféreront peut-être limiter l'octroi des provision pour frais par les tribunaux en investissant des organismes tels le Programme de contestation judiciaire de la responsabilité d'assurer qu'une partie puisse se payer la représentation juridique requise. Voir généralement D. Gourlay, « Access or Excess: Interim Costs in *Okanagan* » (2005) 63 U.T. Fac. L. Rev. 111.

De façon plus générale, nous estimons que l'arrêt *Okanagan* renchérit sur un thème déjà développé dans l'arrêt *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*¹⁰⁷ en signalant de nouveau que nos tribunaux s'estiment en mesure de trancher les questions de politique juridique les plus complexes et les plus controversées. Les tribunaux canadiens développent une jurisprudence qui facilite l'adjudication de telles questions en s'éloignant, lorsque nécessaire et souhaitable, des règles générales issues du droit anglais. Il s'agit d'excellentes nouvelles pour toute communauté d'intérêt minoritaire.

En revanche, l'octroi démesuré de provisions pour frais pourrait risquer de miner, aux yeux de certains, la légitimité du contrôle judiciaire. Il ne serait pas sage d'ignorer les limites inhérentes du pouvoir judiciaire (et du recours au droit) en matière de transformation sociale. L'expérience des tribunaux des États-Unis¹⁰⁸ et de l'Inde¹⁰⁹ en matière d'accès à la justice, par exemple, est révélatrice à cet égard.

La résolution des différends devant les tribunaux doit toujours être fondée sur des principes de sorte à être comprise et acceptée (bien que parfois à contrecœur) par toutes les parties affectées par un litige donné, qu'elles y participent ou non. La provision pour frais doit demeurer un financement de dernier recours. Les provisions pour frais accordées à des parties qui ne rencontrent pas les critères de l'arrêt *Okanagan* risquent de miner les assises de l'ordre juridique canadien et ainsi de déranger l'équilibre politico-juridique enraciné au Canada¹¹⁰.

¹⁰⁷ *Doucet-Boudreau*, *supra* note 79.

¹⁰⁸ Voir la jurisprudence américaine suivant l'arrêt *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954) de la Cour suprême des États-Unis. Voir généralement A. Chayes, « The Role of the Judge in Public Law Litigation » (1976) 89 Harv. L. Rev. 1281.

¹⁰⁹ Voir par exemple S. Ahuja, *People, Law and Justice*, New Delhi, Orient Longman, 1997.

¹¹⁰ *Contra* : A. Peltz et B. Froese, « Funding Public Interest Litigation: Should Judges be Funders? » dans *Citizenship and Citizen Participation in the Administration of Justice*, Montréal, Thémis, 2002 aux pp. 64-87.