

# **Cour d'appel des Territoires du Nord-Ouest**

**Référence: Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c Association des parents ayants droit de Yellowknife, 2015 CATN-O 2**

**Date:** 201501xx  
**Dossier:** AIAP2012-000011  
**Greffe:** Yellowknife

**Entre :**

**Procureur général des Territoires du Nord-Ouest  
et Commissaire des Territoires du Nord-Ouest**

appelants (défendeurs)

— et —

**Association des parents ayants droit de Yellowknife, La Garderie Plein Soleil,  
Yvonne Careen, Claude St-Pierre et Fédération Franco-Ténoise**

intimés (demandeurs)

---

**La Cour :**

**L'honorable juge Jack Watson  
L'honorable juge Frans Slatter  
L'honorable juge Patricia Rowbotham**

---

**Motifs du jugement de l'honorable juge Slatter  
auxquels souscrit l'honorable juge Watson**

**Motifs du jugement dissident de l'honorable juge Rowbotham**

Appel du jugement de l'honorable juge  
L.A. Charbonneau  
le 1<sup>er</sup> juin 2012  
(2012 CSTN-O 43, dossier S-1-CV2005000108)

---

## Motifs du jugement de l'honorable juge Slatter

---

[1] La question en litige dans le présent appel est celle de savoir si l'École Allain St-Cyr, l'école de la minorité linguistique de Yellowknife, répond aux normes constitutionnelles minimales. La juge de première instance a répondu par la négative à cette question et a ordonné aux appelants de construire d'autres installations pour cette école (*Association des parents ayants droit de Yellowknife c Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2012 CSTN-O 43).

### Contexte

[2] L'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés* consacre le droit à l'enseignement dans la langue de la minorité au Canada. Cet article comporte trois paragraphes. Les deux premiers définissent les groupes ou les personnes à qui les droits linguistiques dans la langue de la minorité sont reconnus :

23.(1) Les citoyens canadiens :

*a)* dont la première langue apprise et encore comprise est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province où ils résident,

*b)* qui ont reçu leur instruction, au niveau primaire, en français ou en anglais au Canada et qui résident dans une province où la langue dans laquelle ils ont reçu cette instruction est celle de la minorité francophone ou anglophone de la province,

ont, dans l'un ou l'autre cas, le droit d'y faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans cette langue.

(2) Les citoyens canadiens dont un enfant a reçu ou reçoit son instruction, au niveau primaire ou secondaire, en français ou en anglais au Canada ont le droit de faire instruire tous leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de cette instruction.

Le troisième paragraphe précise la portée des droits protégés en expliquant qu'ils ne « s'exerc[ent] » que « là où le nombre [...] est suffisant pour justifier [...] » la prestation de l'instruction dans la langue de la minorité aux frais de l'État :

(3) Le droit reconnu aux citoyens canadiens par les paragraphes (1) et (2) de faire instruire leurs enfants, aux niveaux primaire et secondaire, dans la langue de la minorité francophone ou anglophone d'une province :

a) s'exerce partout dans la province où le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité;

b) comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics.

Le « nombre » dont il est question au paragraphe 23(3) est calculé en fonction des citoyens considérés comme des ayants droit aux deux premiers paragraphes. Les parties reconnaissent toutes que l'article 23 s'applique aux Territoires du Nord-Ouest au même titre qu'aux « provinces ».

[3] L'enseignement dans la langue de la minorité est offert à Yellowknife depuis 1989. Il a d'abord été offert dans une salle de classe d'un des établissements scolaires anglophones pour ensuite être dispensé dans des salles de classe mobiles situées sur les terrains de ces établissements scolaires. Un bâtiment scolaire distinct, l'École Allain St-Cyr, a finalement été construit et a ouvert ses portes en 1999. À l'origine, l'école comptait trois étages :

30. . . . Un des étages comptait une salle pour la maternelle et une garderie; le deuxième étage avait deux salles de classe, des bureaux administratifs, et un espace ouvert (la rotonde). Au troisième étage, il y avait trois salles de classe, une bibliothèque, et les toilettes. Il n'y avait pas, dans cet édifice, de salles de classe spécialisées (laboratoire de science, salle pour l'enseignement des arts ménagers, arts plastiques, ou les arts industriels). Il n'y avait pas non plus de gymnase.

L'école a été construite après consultation avec la communauté linguistique minoritaire et était située sur le même campus que l'école William McDonald. En 2000, le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest (le GTN-O) a confié le contrôle de l'enseignement dans la langue de la minorité à un conseil scolaire indépendant pour la minorité linguistique, la Commission scolaire francophone des Territoires du Nord-Ouest.

[4] Vers 2003, la Commission scolaire en était arrivée à la conclusion que les installations existantes à l'École Allain St-Cyr étaient insuffisantes. Des pourparlers ont été entamés avec le GTN-O en vue d'obtenir plus d'espaces. En 2005, la présente action a été introduite. Les demandeurs alléguaient non seulement que les installations scolaires étaient loin d'être idéales, mais qu'elles ne respectaient pas les exigences constitutionnelles minimales prévues dans le cas des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité.

[5] Les demandeurs (les intimés dans le présent appel) sont l'Association des parents ayants droit de Yellowknife (une association de parents faisant valoir leurs droits en vertu de l'article 23 de la *Charte*), Yvonne Careen et Claude St-Pierre (deux parents ayants droit), la Garderie Plein Soleil (l'association qui opère la garderie francophone de Yellowknife) et la Fédération

franco-ténoise (une société qui regroupe plusieurs associations francophones des Territoires du Nord-Ouest, dont la première demanderesse).

[6] Une des caractéristiques inusitées du présent litige est le fait que la Commission scolaire — le conseil scolaire de la minorité linguistique — n'est pas partie à la présente instance. La Commission scolaire était au courant du litige, mais a refusé de s'y joindre (motifs, au par. 181). Comme la Commission scolaire est l'organisme chargé de l'administration de l'enseignement dans la langue de la minorité et du contrôle, de l'entretien et de l'utilisation des établissements scolaires, il n'était guère souhaitable que le présent procès se déroule sans qu'elle n'intervienne à titre de demanderesse ou de défenderesse. Il se peut que les intimés défendent, dans le présent procès, des points de vue qui soient en-deça ou au-delà des attentes de la Commission scolaire. La position des intimés, par exemple, sur le degré d'indépendance auquel la Commission scolaire a droit, suivant la Constitution, n'aurait pas dû être décidée en son absence. Il était à tout le moins impératif que la Commission scolaire soit liée par toute ordonnance pouvant en résulter. L'absence de la Commission scolaire a des conséquences sur la réparation appropriée à accorder (*infra*, aux par. 159 et 160).

[7] La réparation sollicitée en l'espèce consiste en une hausse de la capacité de l'École Allain St-Cyr, ainsi qu'en la construction d'installations spécialisées spécifiques. Les intimés ont sollicité presque immédiatement une « injonction interlocutoire » obligeant les appelants à leur donner accès à certaines des installations réclamées avant le procès. Il ne s'agissait évidemment pas du tout d'une injonction interlocutoire, puisque ce type d'ordonnance vise à protéger le statu quo jusqu'au procès. Il s'agissait plutôt d'une demande visant à obtenir un jugement sommaire partiel avant le procès. Néanmoins, un juge siégeant en son cabinet a analysé la question comme il s'agissait d'une injonction interlocutoire (et non un jugement sommaire) et a accordé en partie les réparations sollicitées et notamment la fourniture de deux salles de classe mobiles annexées à l'édifice principal de l'école par un couloir: *Association des parents ayants droit de Yellowknife c Territoires du Nord-Ouest (Procureur général)*, 2005 NWTSC 58.

[8] À la suite du prononcé de cette « injonction », les appelants ont entamé des négociations avec la Commission scolaire et les intimés. Les parties se sont entendues pour modifier la réparation accordée, notamment en ce qui concerne les deux salles de classe mobiles. Au lieu de fournir des salles de classe mobiles, les appelants ont convenu de construire deux salles de classe permanentes (les travaux de la Phase 1). Il semble que cette décision ait été motivée par deux considérations. En premier lieu, les appelants ont dû conclure qu'il était plus prudent de consacrer les fonds publics à l'aménagement de salles de classe permanentes plutôt qu'à des salles de classe mobiles. En second lieu, les appelants nourrissaient peut-être l'espoir que la fourniture de ces installations satisfierait les intimés étant donné qu'il avait été convenu que le reste de l'action serait suspendu.

[9] Les appelants ont également accepté de préparer des plans schématiques pour l'école qui tiendraient compte d'agrandissement à venir et notamment de l'ajout d'un gymnase et d'autres salles de classe (ce qu'on a appelé la Phase 2), bien qu'aucun engagement de construire ces

ajouts n'ait été pris. Les modifications ainsi apportées à la réparation qui avait été accordée par l'« injonction interlocutoire » ont été confirmées dans une ordonnance sur consentement prononcée en février 2006.

[10] Peu de temps après l'achèvement des travaux de la Phase 1 prévus dans l'ordonnance de consentement, les intimés ont envoyé un avis expliquant qu'ils reprenaient la présente action et qu'ils réclamaient les autres réparations demandées dans leur déclaration.

[11] Les travaux d'agrandissement de la Phase 2 qui avaient été envisagés n'ont jamais été réalisés en grande partie à cause du fait que le GTN-O n'avait pas réussi à recueillir suffisamment de fonds, notamment de la part du gouvernement fédéral. Bien que l'ordonnance sur consentement ne renferme aucun engagement clair d'effectuer les travaux d'agrandissement de la Phase 2, les intimés étaient d'avis qu'ils avaient acquis le droit aux installations supplémentaires en question. Ainsi que la juge de première instance l'a estimé, il s'agissait d'une interprétation déraisonnable de la situation (motifs, au par. 234). Les appelants n'ont jamais convenu de construire la Phase 2 (motifs, aux par. 193 et 816) et les intimés ne pouvaient s'attendre raisonnablement à un tel engagement de la part des appelants. S'ils l'avaient pu, cette possibilité aurait constitué de la part des appelants une simple renonciation à leur défense relativement aux installations réclamées dans le cadre de l'action principale.

[12] Le litige opposant les parties débordait le cadre des simples installations physiques et s'étendait également à certains désaccords fondamentaux au sujet de la portée et de l'interprétation de l'article 23. Le procès a duré deux mois en 2010 sur les points non résolus.

#### La décision faisant l'objet de l'appel

[13] Après avoir exposé certains des faits à l'origine du litige, la juge de première instance a, dans les motifs du jugement faisant l'objet du présent appel, résumé en détail le témoignage de chacun des témoins des intimés (motifs, aux par. 34 à 293), et a ensuite fait un exposé expliquant les raisons pour lesquelles de grandes parties de ces témoignages n'étaient pas admissibles en preuve (motifs, aux par. 294 à 392). Cet exposé est suivi d'un résumé du témoignage de chacun des témoins des appelants (motifs, aux par. 393 à 511), et ce résumé est suivi là encore, par une section sur l'admissibilité (motifs, aux par. 512 à 536). La juge passe ensuite directement à l'« analyse ». Les motifs ne comportent pas de section distincte portant expressément sur les « conclusions de fait »: résumer la preuve n'est pas la même chose que tirer des conclusions de fait. Dans son résumé de la preuve, la juge de première instance formule à l'occasion des observations au sujet de la sincérité ou de la crédibilité de certains témoins et, parfois, sur certains faits contestés. On ne trouve toutefois dans les motifs aucune section dans laquelle seraient exposées de façon détaillée des conclusions de fait découlant d'une synthèse, d'une pondération ou d'une analyse de l'ensemble de la preuve sur un point particulier, de sorte qu'il faut dans bien des cas extraire ou déduire les conclusions de fait (envers lesquelles il faut faire preuve de retenue) à partir d'observations ou de conclusions disséminées un peu partout dans l'« analyse ».

[14] Dans ces motifs détaillés, la juge de première instance a accepté les arguments des intimés sur plusieurs questions clés :

- a) la Commission scolaire avait droit au contrôle exclusif de l'admission des élèves à l'école de la minorité linguistique;
- b) la Commission scolaire avait le droit d'admettre à l'école de la minorité linguistique des personnes qui n'étaient pas des ayants droit en vertu de l'article 23, mais qui étaient intéressées à une éducation en français, ce qui était par conséquent susceptible de gonfler le nombre d'élèves de la minorité linguistique à Yellowknife;
- c) l'École Allain St-Cyr est exiguë et devrait être agrandie pour pouvoir accueillir 250 écoliers ce qui requiert la construction de salles de classe supplémentaires;
- d) les élèves de la minorité linguistique ont droit à un certain nombre d'installations spécialisées qui ne sont pas actuellement offertes à l'École Allain St-Cyr, en particulier un gymnase, mais également à un laboratoire de science pour les élèves du secondaire, à un local d'arts ménagers, à un espace pour les élèves ayant des besoins spéciaux, à une salle pour enseigner l'anglais langue seconde et à un terrain de jeu plus grand. La solution consistant à partager les installations sous-utilisées de l'école William McDonald voisine n'est pas acceptable sur le plan constitutionnel.

La Cour (motifs, au par. 830), a accordé des réparations visant à répondre à toutes ces conclusions et à adjuger aux intimés les dépens sur la base avocat-client.

[15] La juge de première instance a rejeté les arguments des intimés sur d'autres points en déclarant ce qui suit:

- a) l'article 23 protège l'instruction aux niveaux primaire et secondaire, mais ne consacre pas le droit à des garderies ou à des programmes de prématernelle;
- b) compte tenu du « nombre » d'élèves, une salle de classe distincte pour chacun des 12 niveaux scolaires n'était pas « justifiée »;
- c) la Commission scolaire ne possède pas un droit garanti reconnu constitutionnellement de posséder des établissements scolaires qui pourraient demeurer la propriété du GTN-O;
- d) la construction de locaux distincts consacrés aux arts industriels pour tenir compte des élèves inscrits au cours d'« Études professionnelles et techniques » n'était pas justifiée.

Malgré le fait qu'elle a rejeté l'argument que des programmes de garderie et de prématernelle étaient protégés par l'article 23, la Cour a néanmoins ordonné que de plus grands espaces soient accordés pour ces programmes, au motif que cette mesure visait à corriger l'« inaction » et le

défaut des appelants de reconnaître les problèmes soulevés par les intimés (motifs, aux par. 774 et 775).

[16] Les appelants ont interjeté appel de la totalité des réparations accordées et les intimés ont formé un appel incident uniquement sur la question de savoir si les programmes de garderie et de prématernelle étaient protégés par l'article 23.

#### Norme de contrôle

[17] Le présent appel soulève une fois de plus la question de la norme de contrôle que les juridictions d'appel intermédiaires doivent appliquer aux décisions de première instance. Ce sujet, toujours en cours d'évolution, a eu tendance à dominer la jurisprudence des juridictions d'appel au cours de la dernière décennie.

[18] Bien que les juridictions d'appel aient toujours appliqué des normes de contrôle, ce sujet a suscité beaucoup d'intérêt à la suite de la publication de l'ouvrage de l'auteur Roger P. Kerans (juge de la Cour d'appel de l'Alberta), *Standards of Review Employed by Appellate Courts* (Edmonton: Juriliber, 1994). La publication de cet ouvrage a été suivie, en 2002, par le prononcé de l'arrêt de principe *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235. En résumé, l'arrêt *Housen c Nikolaisen* a défini comme suit les cas d'ouverture à un contrôle judiciaire:

- a) la norme de l'erreur manifeste et dominante aux fins de contrôle des conclusions de fait et aux inférences tirées des faits;
- b) la norme de la décision correcte, dans le cas des questions de droit, y compris des questions de droit « isolables »;
- c) la déférence envers les décisions de première instance dans le cas des questions mixtes de fait et de droit, mais une norme de contrôle « plus exigeante » parce que « les questions mixtes de fait et de droit s'étalent le long d'un spectre comportant des degrés variables de particularité » *Housen*, aux par. 26 et 28.

La jurisprudence ultérieure a, dans l'ensemble, confirmé ces normes.

[19] Les raisons pour lesquelles il convient de faire preuve de déférence envers les conclusions de fait tirées par le juge de première instance peuvent être regroupées en fonction de trois principes fondamentaux (*Housen*, aux par. 16, 17 et 18):

- a) Premièrement, vu la rareté des ressources dont disposent les tribunaux, le fait de limiter la portée du contrôle judiciaire a pour effet de réduire le nombre, la durée et le coût des appels.
- b) Deuxièmement, le respect du principe de la retenue envers les conclusions favorise l'autonomie et l'intégrité du procès et appuie la présomption de la compétence des tribunaux.

- c) Troisièmement, ce principe permet de reconnaître l'expertise du juge de première instance et la position avantageuse dans laquelle il se trouve pour tirer des conclusions de fait, étant donné qu'il a l'occasion d'examiner la preuve en profondeur et d'entendre les témoignages de vive voix.

La justesse de ces principes fondamentaux n'a jamais été remise en question.

[20] L'arrêt *Housen* a effectivement reconnu le rôle que les juridictions d'appel sont appelées à jouer en déclarant, au par. 9: « [...] le rôle premier [...] des cours d'appel est de préciser et de raffiner les règles de droit et de veiller à leur application universelle ». La jurisprudence ultérieure a illustré d'autres aspects de ce rôle. Dans l'arrêt *R. c Regan*, 2002 CSC 12, au par. 118, [2002] 1 RCS 297, la Cour suprême du Canada a fait observer que les principes régissant les normes de contrôle « ne signifie[nt] pas que le juge du procès se trouve entièrement à l'abri de tout contrôle ». Dans l'arrêt *H.L. c Canada (Procureur général)*, 2005 CSC 25, au par. 75, [2005] 1 RCS 401, la Cour fait observer: « [...] [N]on seulement une cour d'appel peut écarter toute erreur de fait manifeste et dominante commise au procès, mais elle doit le faire. Cela vaut pour les inférences comme pour les conclusions relatives à des faits établis par preuve directe. » Pourtant, malgré ces quelques déclarations affirmatives au sujet du rôle des juridictions d'appel, la jurisprudence relative à la norme de contrôle est axée sur le rôle que jouent les tribunaux de première instance. La plupart des décisions portent sur ce que les juridictions d'appel ne sont pas censées faire.

[21] Les juridictions d'appel jouent de toute évidence un rôle légitime en ce qui concerne l'administration de la justice. Le principe constitutionnellement consacré de la « primauté du droit » comprend le principe suivant lequel les litiges privés doivent être tranchés par les tribunaux de droit commun: A.V. Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution* (première édition en 1885, Londres: MacMillan and Company; voir la 10<sup>e</sup> édition, 1960, aux p. 202 et 203); *Trial Lawyers Association of British Columbia c Colombie-Britannique (Procureur général)*, 2014 CSC 59, aux par. 29 et 38 à 40). L'existence d'un système public de règlement des différends doté de cours de justice de compétence universelle supprime la nécessité de « voies de droit extrajudiciaires » et garantit que des entités puissantes ne puissent tout simplement ignorer la loi. Les juridictions d'appel sont appelées à jouer un rôle légitime important au sein du système judiciaire public exigé par la primauté du droit. Ainsi que le tribunal l'a fait observer dans le jugement *R. c Cambridge University, ex parte Bentley* (1723), 1 Str. 557, aux p. 564 et 565, 93 ER 698 :

[TRADUCTION]

Un des titres de gloire et de félicité de notre excellente constitution est le fait que pour empêcher une injustice, nul ne se voit fermer la porte par un premier jugement; en effet, si quelqu'un s'estime lésé, il peut s'adresser à un autre tribunal pour obtenir réparation et, à cette fin, la loi lui offre des voies de recours en cas d'erreur ou de jugement mal fondé [...]

Il existe des raisons valables justifiant de faire preuve de déférence envers les juges de première instance. L'immense majorité des décisions de première instance ne sont jamais portées en appel. Toutefois, compte tenu de l'éventail et de la complexité des questions que les juges de première instance sont appelés à trancher, ce serait faire preuve d'un trop grand optimisme que de tenir pour acquis que les quelques décisions qui sont effectivement portées en appel seront rarement entachées d'erreurs justifiant l'infirmité de la décision.

[22] Les raisons invoquées pour faire preuve de déférence envers les tribunaux de première instance (*supra*, au par. 19) trouvent leur équivalent en ce qui concerne les juridictions d'appel :

- a) Bien que la rareté des ressources dont disposent les tribunaux justifie de limiter le nombre, la durée et le coût des appels, le droit d'appel est un aspect légitime reconnu par la loi de tout système juridique mature, et le pouvoir de corriger des erreurs doit être exercé lorsque des erreurs justifiant l'intervention des juridictions d'appel se produisent.
- b) Tout comme le respect du principe de la déférence favorise l'autonomie, l'intégrité et la compétence des procès en première instance, l'autonomie, l'intégrité et la compétence des juridictions d'appel devraient être respectées lorsque celles-ci exercent leur pouvoir en matière de correction d'erreur. Si une juridiction d'appel constate l'existence d'une erreur de droit isolable ou d'une erreur de fait manifeste et dominante ou de toute autre erreur devant être corrigée et que cette décision appartient aux issues raisonnables, il y a lieu de faire preuve de déférence envers cette décision.
- c) La reconnaissance de l'expertise des juges d'appel et la position avantageuse dans laquelle ils se trouvent pour déceler les erreurs de fait, de droit et d'analyse justifiant leur intervention en appel justifient la reconnaissance de l'exercice légitime et solide de leur pouvoir en matière de correction d'erreur. La structure et la procédure des juridictions d'appel – qui disposent de dossiers bien structurés et d'arguments écrits et de plaidoiries orales déjà examinés – conviennent bien à l'analyse des décisions de première instance en vue de déceler des erreurs justifiant l'intervention du tribunal.

En résumé, l'analyse de la norme de contrôle ne devrait pas être perçue comme une compétition entre la reconnaissance du rôle légitime des tribunaux de première instance et la reconnaissance du rôle légitime des juridictions d'appel. Les deux ordres de tribunaux jouent un rôle tout aussi important au sein de notre système de justice. Il est tout aussi important de reconnaître qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers les juridictions d'appel qu'envers les tribunaux de première instance. Accorder trop d'importance à la déférence qu'il convient d'accorder à l'un ou l'autre revient à gommer leur différence et à ne considérer qu'il n'y a qu'un seul niveau de tribunaux dans la hiérarchie, ce qui nuit à la capacité du système de permettre aux particuliers d'obtenir justice et nuit à la capacité du système de garantir le même accès à la justice pour tous.

[23] La loi est en fin de compte un système d'honneur, en ce sens que son autorité repose sur l'intégrité et la crédibilité du système juridique et sur l'autodiscipline que s'impose chaque échelon du système judiciaire pour respecter les limites de son mandat. Un système qui céderait

son rôle de constatation des faits en première instance à une juridiction d'appel risquerait d'essentiellement réduire le tribunal de première instance à une décoration coûteuse. Un système qui aurait pour effet de mettre à l'abri de tout contrôle judiciaire les conclusions de fait ou les conclusions mixtes de fait et de droit tirées par un tribunal de première instance risquerait également d'empêcher les juridictions d'appel de jouer leur rôle. Les juridictions d'appel sont censées exercer leurs fonctions à un niveau élevé de généralité sur le plan juridique et, surtout, de contrôler la légalité et le caractère raisonnable des décisions rendues en première instance. Si un tribunal d'appel se voit inéluctablement limité à un certain type de conclusion tirée par un tribunal de première instance, on ne peut parler de véritable « contrôle de la légalité » au niveau plus général des tribunaux des juridictions d'appel. La confiance du public éclairé dans un système de justice doté d'un seul véritable palier d'autorité judiciaire pour chaque province ou territoire s'étiolerait rapidement.

[24] En plus de définir les principes juridiques et d'assurer leur application universelle, les juridictions d'appel intermédiaires ont un rôle important à jouer pour corriger les erreurs. C'est ce rôle qui est surtout réglementé par l'analyse de la norme de contrôle que l'on trouve dans l'arrêt *Housen*. Or, il est vrai que l'analyse de la norme de contrôle réglemente ce rôle en matière de correction d'erreurs, mais elle ne l'élimine pas. Les juridictions d'appel intermédiaires sont créées par la loi. La loi confère aux plaideurs le droit d'interjeter appel devant ces juridictions d'appel. Le rôle constituant à corriger les erreurs est légitime sur le plan légal et ne devrait pas être limité artificiellement. L'idée, évoquée dans l'arrêt *Sattva Capital Corp. c Creston Moly Corp.*, 2014 CSC 53, au par. 51, selon laquelle les plaideurs qui exercent le droit d'appel que leur reconnaît la loi se servent des cours d'appel comme « une nouvelle tribune leur permettant de poursuivre leur litige privé » est inutilement désobligeante. La Cour suprême a donné les explications suivantes dans l'arrêt *Trial Lawyers Association*, au par. 32: « Les cours supérieures ont toujours eu pour tâche de résoudre des différends opposant des particuliers et de trancher des questions de droit privé et de droit public. [...] De fait, les plaideurs constituent l'«achalandage» de ces tribunaux. »

[25] Comme nous l'avons fait observer, les juridictions d'appel ont notamment pour rôle de préciser la portée des principes juridiques et d'assurer leur application universelle. Lorsqu'elles corrigent des erreurs, elles s'appliquent notamment à assurer une certaine cohérence et une certaine universalité en matière de raisonnement, d'analyse et de solutions juridiques. Les affaires semblables devraient se solder par des solutions semblables. La solution proposée ne devrait pas être une question de chance et l'identité du juge de première instance ne devrait pas déterminer l'issue du procès. Ainsi que Selden le fait observer:

[TRADUCTION]

L'*equity* est un concept difficile à arrêter, mais en droit il doit exister une mesure qui permette de savoir ce qui est équitable. En *equity*, l'appréciation est laissée à la conscience du chancelier, laquelle varie selon la personne même du chancelier appelé à exercer sa faculté d'appréciation selon le cas qui lui est soumis. La mesure ainsi donnée par le chancelier sera appliquée.

On ne doit pas confondre la déférence dont on doit faire preuve envers les juges de première instance et le fait de permettre à la loi ou à la solution d'une affaire donnée de dépendre des particularités de l'arbitre des faits. Cela est d'autant plus vrai dans le cas d'appel comme celui-ci, qui concerne le droit public et qui porte sur l'interprétation de la Constitution et qui suppose l'utilisation obligatoire de deniers publics.

[26] L'analyse de la norme de contrôle ne doit également pas être appliquée de façon trop rigide. Il n'existe pas de ligne de démarcation nette entre les décisions entachées d'« erreurs manifestes et dominantes » et celles qui ne le sont pas. Il n'existe pas de ligne de démarcation nette entre les erreurs commises dans l'appréciation des faits, les erreurs d'analyse et les erreurs mixtes de fait et de droit. Ainsi qu'il a été déclaré dans le contexte du droit administratif dans l'arrêt *Newfoundland and Labrador Nurses Union c Terre-Neuve-et-Labrador (Conseil du Trésor)*, 2011 CSC 62, au par. 14, [2011] 3 RCS 708, le contrôle judiciaire se veut un exercice global dans le cadre duquel les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat pour déterminer si celui-ci est défendable et raisonnable. Il ne convient pas de compartimenter les décisions en « erreurs de fait » ou « erreurs d'analyse » pour ensuite se lancer dans une « chasse au trésor » à la recherche d'une erreur: *Syndicat canadien des communications, de l'énergie et du papier, section locale 30 c Pâtes et Papier Irving, Limitée*, 2013 CSC 34, au par. 54, [2013] 2 RCS 458. Le rôle que sont appelées à jouer les juridictions d'appel lorsqu'elles exercent leur rôle en matière de correction d'erreurs est plus subtil. Leur processus d'analyse et de décisions, ainsi que les motifs qui témoignent de ce processus, doivent être interprétés en tenant dûment compte du rôle légitime du juge de première instance. Avant d'infirmer la décision de première instance, les juridictions d'appel doivent combler les lacunes qu'elles perçoivent dans le raisonnement et l'analyse en tirant des conclusions logiques. L'exercice du rôle que les juridictions d'appel jouent lorsqu'elles corrigent des erreurs ne devrait pas être assujéti à la norme de contrôle de la décision correcte.

[27] Il n'est pas indiqué non plus d'adopter une approche du « tout ou rien » à la norme de contrôle. Une décision de première instance peut renfermer plusieurs petites erreurs dont aucune n'est assez grave pour être qualifiée d'erreur « manifeste et dominante ». Prises globalement, toutefois, ces erreurs peuvent cumulativement justifier un contrôle en appel sans que l'on intervienne indûment dans le processus de première instance. En revanche, une erreur manifeste et dominante sur une question n'exclut pas automatiquement toute déférence. Même si les motifs de première instance témoignent d'une erreur donnant ouverture au contrôle judiciaire sur un sujet précis, il y a quand même lieu de faire preuve de déférence à l'égard des autres aspects de la décision qui sont raisonnablement défendables.

[28] De plus, pour déterminer si une décision particulière comporte une « erreur manifeste et dominante » ou toute autre erreur à laquelle la norme de contrôle s'applique, la juridiction d'appel peut légitimement se demander si le résultat est déraisonnablement incompatible avec la jurisprudence dominante. Un des objectifs de l'analyse de la norme de contrôle est de préserver les ressources judiciaires et sociétales, mais l'imprévisibilité dans les solutions juridiques ne fait qu'encourager les litiges. Plus le résultat dépend de l'opinion du juge de première instance saisi

du dossier, plus les plaideurs seront tentés de saisir la justice. Le mandat légitime des juridictions d'appel englobe non seulement le fait d'assurer la cohérence générale du droit, mais également celle de la jurisprudence.

[29] Les questions de droit « isolables » sont assujetties à la norme de contrôle de la décision correcte. Ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Housen*, au par. 29 à 31, on ne devrait pas extirper artificiellement des questions de droit pour cerner des erreurs justifiant un contrôle judiciaire :

Les cours d'appel doivent cependant faire preuve de prudence avant de juger que le juge de première instance a commis une erreur de droit lorsqu'il a conclu à la négligence, puisqu'il est souvent difficile de départager les questions de droit et les questions de fait. Voilà pourquoi on appelle certaines questions des questions « mixtes de fait et de droit ». Si le principe juridique n'est pas facilement isolable, il s'agit alors d'une « question mixte de fait et de droit », assujettie à une norme de contrôle plus rigoureuse. Selon la règle générale énoncée dans l'arrêt *Jaegli Enterprises*, précité, si la question litigieuse en appel soulève l'interprétation de l'ensemble de la preuve par le juge de première instance, cette interprétation ne doit pas être infirmée en l'absence d'erreur manifeste et dominante.

Ces observations ont été formulées relativement au contrôle judiciaire d'une conclusion de « négligence », un domaine dans lequel le contexte factuel joue un rôle déterminant. Ces observations ne permettent pas d'appliquer une démarche universelle artificiellement conservatrice en vue de déceler des « erreurs de droit isolables ».

[30] La jurisprudence obligatoire sur les normes de contrôle, bien que de toute évidence valable, ne devrait pas être interprétée comme nous empêchant de trancher des affaires sur la fonction de principes. Lorsque le juge de première instance fait erreur sur les hypothèses qu'il tire quant aux règles de droit sous-jacentes à sa décision, les plaideurs ne devraient pas être tenus d'accepter son opinion. L'analyse de la norme de contrôle permet amplement de trancher des appels en fonction des principes, ce qui ne contredit pas l'obligation de faire preuve de déférence envers les juges de première instance sur des sujets appropriés. Si la juridiction d'appel décèle une erreur justifiant son intervention, elle doit situer cette erreur le long du spectre entre les erreurs de droit « facilement isolables » et les erreurs qui découlent de « l'interprétation de l'ensemble de la preuve » par le juge de première instance. Les motifs doivent être examinés en corrélation avec le résultat. Lorsque la juridiction d'appel en vient raisonnablement à cette conclusion, la déférence s'impose.

[31] Gardant à l'esprit ces principes généraux, on peut résumer la norme de contrôle applicable dans le présent appel. La norme de contrôle qui s'applique aux questions de droit est celle de la décision correcte. Les conclusions de fait du juge de première instance ne sont infirmées en appel que si elles sont entachées d'une erreur manifeste et dominante: *Housen*, au par. 8, 10 et 25. Les inférences tirées des faits sont également assujetties à la norme de contrôle de l'erreur manifeste et dominante. Si les conclusions tirées par le juge de première instance sont

raisonnables, la juridiction d'appel ne devrait pas intervenir simplement parce que d'autres conclusions auraient raisonnablement pu être tirées: *H.L. c Canada (Procureur général)*, au par. 74.

[32] Une conclusion de fait est susceptible de contrôle en appel si elle est fondée sur une erreur de droit ou de principe. Mentionnons par exemple les hypothèses erronées formulées au sujet du fondement juridique d'un fait ou les erreurs commises dans l'application des règles de la preuve et de la procédure: *Housen*, aux par. 31 et 32. Les conclusions de fait qui ne peuvent s'appuyer sur une appréciation raisonnable de la preuve constituent des erreurs manifestes et dominantes. Toutefois, le simple fait que le fondement d'une conclusion de fait ne soit pas explicitement énoncé ou que la juridiction d'appel puisse en arriver à une conclusion différente d'après la preuve ne constitue pas une erreur manifeste et dominante. Lorsque les conclusions de fait ne sont pas étayées et que le raisonnement suivi par le tribunal de première instance pour appliquer la preuve aux faits n'est pas transparent, le degré de déférence est limité: *Merck Frosst Canada Ltd. c Canada (Santé)*, 2012 CSC 3, au par. 55, [2012] 1 RCS 23. Les conclusions de fait tirées dans la décision faisant l'objet du présent appel sont de cet ordre et comportent ce type d'erreur et exigent donc l'intervention de notre Cour: *H.L. c Canada (Procureur général)*, aux par. 73 et 75; *R. c Regan*, au par. 118.

[33] Lorsque l'existence d'une violation a été démontrée, l'article 24 de la *Charte* permet d'accorder « la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances ». Ce vaste libellé confère au tribunal une vaste latitude: *Doucet-Boudreau c Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, au par. 52, [2003] 3 RCS 3. Les réparations prévues par la *Charte* doivent être accordées sur le fondement de principes solides et la formulation de la réparation n'est pas absolue ou illimitée. Une réparation fondée sur une erreur de droit ou une erreur dans l'application des principes ou encore une réparation disproportionnée et déraisonnable ne saurait être juste peu importe les circonstances: *Doucet-Boudreau*, au par. 87; *Colombie-Britannique (Ministre des forêts) c Bande indienne Okanagan*, 2003 CSC 71, au par. 43, [2003] 3 RCS 371.

[34] Le nombre d'élèves qui fréquentent actuellement l'École Allain St-Cyr, le nombre éventuel d'autres élèves qui pourraient la fréquenter à l'avenir et l'ampleur des établissements scolaires existant à Yellowknife sont principalement des questions de fait. Sur ces questions, l'intervention de la juridiction d'appel n'est justifiée que si les conclusions (considérées collectivement et de façon générale) témoignent de l'existence d'erreurs manifestes et dominantes. Le concept énoncé à l'alinéa 23(3)a) de garantir des droits à la minorité linguistique là où « le nombre des enfants des citoyens qui ont ce droit est suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics, de l'instruction dans la langue de la minorité » constitue un principe de droit constitutionnel isolable. Son interprétation est une question de droit assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte et son application à un ensemble particulier de faits est également assujettie à la norme de contrôle de la décision correcte.

### Nouveaux éléments de preuve

[35] Les intimés ont inclus dans leurs pièces une liasse de documents portant la mention « sources Brandeis ». Les règles de procédure en appel ne permettent pas à l'une ou l'autre partie d'embellir son dossier d'appel en y ajoutant de nouveaux éléments: *Public School Boards. Ass'n of Alberta c Alberta (Procureur général)*, [1999] 3 RCS 845, 89 Alta LR (3d) 1; *R. c Keegstra*, [1995] 2 RCS 381, aux par. 40 et 41, 29 Alta LR (3d) 305, 169 AR 50; *Lameman c Canada (A.G.)*, 2006 ABCA 43, 380 AR 306. Il faut plutôt soumettre une demande d'autorisation en vue de présenter de nouveaux éléments de preuve et, pour être accueillie, cette demande doit respecter le critère énoncé dans l'arrêt *R. c Palmer*, [1980] 1 RCS 759. La tentative faite par les intimés pour glisser de nouveaux éléments au dossier sans suivre la procédure appropriée est inacceptable.

[36] Les éléments offerts étaient, de toute façon, inadmissibles. Les droits des parties devaient de toute façon être jugés à la date du procès en 2010. Or, il semble que la nature de l'enseignement primaire et secondaire dans les Territoires du Nord-Ouest est encore susceptible d'évoluer et cette évolution ne saurait nuire à l'issue du procès. Certains des autres éléments étaient disponibles avant le procès et ne répondraient pas au critère de l'arrêt *Palmer*. La requête en radiation de ces éléments du dossier est accueillie.

### Questions concernant les conclusions de fait

[37] Plusieurs moyens ont été soulevés pour contester les conclusions de fait et le cadre analytique des motifs de première instance. Les conclusions de fait fondées sur une conception erronée du critère juridique sous-jacent sont susceptibles d'un contrôle judiciaire. Les motifs de la juge de première instance révèlent une erreur de ce type :

- a) une erreur en ce qui concerne les ayants droit au titre de l'article 23.

[38] Pour avoir droit à la déférence, les conclusions de fait doivent être tirées en conformité avec les principes juridiques régissant les conclusions de fait: *Housen*, aux par. 31 et 32; *R. c J.M.H.*, 2011 CSC 45, aux par. 24 à 39, [2011] 3 RCS 197. Parmi ces principes, mentionnons les règles de droit concernant la charge de la preuve, ainsi que les principes de droit concernant notamment les aveux. Les concessions implicites du GTN-O au sujet de la portée des droits prévus à l'article 23 ne lient pas les tribunaux sur les points de droit en tout état de cause: *W.(V.) c S.(D.)*, [1996] 2 RCS 108, au par. 17; *R. c Sappier et Gray*, 2006 CSC 54, aux par. 62 à 64, [2006] 2 RCS 686.

[39] Les conclusions de fait doivent être fondées sur les éléments de preuve versés au dossier. Les conclusions qui ne s'appuient pas sur le dossier relèvent de la conjecture et ne commandent pas la déférence. De plus, les conclusions de fait fondées sur des considérations non pertinentes sont susceptibles d'un contrôle judiciaire. Dans le cadre du présent appel, certaines des conclusions de fait se trouvent affaiblies en raison de la conduite adoptée par les parties pour recueillir la preuve avant l'ouverture du procès plutôt que les éléments de preuve eux-mêmes :

- b) défaut des appelants de répondre aux lettres que les intimés leur avaient adressées;
- c) défaut des parties de s'entendre sur la méthodologie à suivre pour mener un sondage en vue de déterminer le nombre des éventuels titulaires des droits garantis par l'article 23;
- d) défaut des appelants de procéder aux travaux d'agrandissement de la Phase 2.

La juge de première instance n'a de toute évidence pas commis une erreur lorsqu'elle a apprécié les éléments de preuve qui se trouvaient effectivement au dossier et formulé des observations au sujet des éléments de preuve qui ne s'y trouvaient pas. La façon dont les parties se seraient comportées au cours des étapes préalables au procès n'est pas un facteur pertinent.

[40] D'autres conclusions de fait sont contestées en raison de la façon dont la juge de première instance a apprécié et sélectionné certains éléments de preuve :

- e) l'utilisation des éléments de preuve statistique et la valeur accordée aux témoignages des experts;
- f) la sélection des établissements scolaires de comparaison.

Chacune de ces questions mérite une analyse distincte.

#### *Définition des titulaires des droits garantis par l'article 23*

[41] La juge de première instance a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que certaines personnes ne possédant pas de droits en vertu de l'article 23 pourraient être prises en compte lors de l'analyse de la « justification par le nombre ». Cette erreur de droit a eu des incidences sur les conclusions de fait qu'elle a tirées au sujet du nombre d'écoliers potentiels visés par l'article 23 et cette erreur justifie notre intervention en appel.

[42] Les intimés ont formulé deux arguments qui se chevauchent au sujet du nombre d'élèves qui pourraient éventuellement accéder à l'enseignement dans la langue de la minorité dans les Territoires du Nord-Ouest. En premier lieu, ils ont soutenu que la Commission scolaire n'avait pas à se limiter à admettre uniquement les élèves qui étaient visés strictement par les paragraphes 23(1) et 23(2), mais qu'elle pouvait également admettre d'autres élèves (p. ex., des immigrants, des personnes ayant des antécédents francophones éloignés, des anglophones intéressés à étudier en français) et que l'on pourrait tenir compte de cette population éventuellement plus large dans le calcul du « nombre ». En second lieu, ils ont soutenu que la Commission scolaire possédait le droit constitutionnel exclusif de décider qui a le droit de fréquenter l'école et que le gouvernement n'a pas voix au chapitre en la matière.

[43] Comme nous l'avons déjà souligné, l'article 23 représente un compromis constitutionnel. Il est formulé avec une certaine précision. L'article 23 ne crée pas un droit universel à la francisation protégée par la *Charte*; il ne confère pas aux tribunaux le pouvoir général de corriger

toutes les lacunes du passé en matière de promotion des droits des communautés linguistiques minoritaires et il n'impose pas de politiques d'application générales visant à renverser ou à empêcher l'assimilation. En tant que compromis, la version de l'article 23 qui a finalement été adoptée n'était manifestement pas la seule option politique dont disposaient les rédacteurs de la *Charte*. La *Charte* aurait pu être rédigée selon un modèle axé sur la « liberté de choix ». Elle aurait pu déclarer que chaque enfant canadien a le droit de choisir la langue dans laquelle il souhaite faire ses études. À l'autre extrême, la *Charte* aurait pu être rédigée en fonction d'un principe des « droits acquis ». Elle aurait pu ne reconnaître de droits linguistiques minoritaires qu'aux élèves inscrits à une école de la minorité linguistique. Aucune de ces options n'a été retenue: *Nguyen c Québec (Éducation, Loisir et Sport)*, 2009 CSC 47, au par. 35, [2009] 3 RCS 208. La version de l'article 23 qui a été retenue se situe quelque part entre ces deux extrêmes: de toute évidence, d'autres scénarios étaient théoriquement possibles.

[44] La juge de première instance a accepté l'argument selon lequel les non-ayants droit pouvaient fréquenter l'école et qu'on pouvait tenir compte d'eux dans l'analyse de la « justification par le nombre ». Il s'agissait d'une erreur de droit, ainsi qu'il a été expliqué dans la décision connexe *Territoires du Nord-Ouest (Procureur général) c Commission Scolaire Francophone, Territoires du Nord-Ouest*, 2015 CATN-O 1, et dans l'arrêt *Commission Scolaire Francophone du Yukon n° 23 c Yukon (Procureure Générale)*, 2014 YKCA 4, aux par. 214 à 229. Comme l'article 23 parle de « citoyens canadiens », les immigrants sont exclus. Le fait que l'alinéa 23(1)a parle expressément de citoyens dont « la première langue apprise et encore comprise » fait en sorte qu'on doit exclure les « générations perdues » ayant des racines francophones. L'article 23 ne saurait être interprété de manière à en ignorer la portée fondamentale: *Gosselin (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 15, aux par. 9, 29 et 30, [2005] 1 RCS 238. S'il était retenu, le raisonnement suivi dans les motifs du jugement de première instance « [...] aurait pour effet pratique de retrancher de la Constitution le compromis soigneusement formulé à l'article 23 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, ce qui est inacceptable »: *Gosselin*, au par. 2. L'arrêt *Nguyen c Québec*, au par. 29, a repris la mise en garde déjà exprimée au sujet des « parcours scolaires artificiels destinés à contourner les objectifs de l'article 23 et à créer des catégories nouvelles d'ayants droit dont l'existence dépend de la seule discrétion des parents ».

[45] Le compromis que représente l'article 23 a effectivement entraîné certaines conséquences intéressantes. Par exemple, le paragraphe 23(2) signifie que si un frère ou une sœur (qui, à strictement parler, ne possède pas de droits en vertu de l'article 23) est en mesure de s'inscrire à une école de la minorité linguistique, tous ses frères et sœurs deviendront des titulaires des droits garantis par l'article 23. Cette formule visait à promouvoir l'« unité familiale linguistique ». Les intimés considèrent cette situation comme une occasion de gonfler leur « nombre »; s'ils peuvent réussir à faire inscrire un des enfants de la famille dans une école de la minorité linguistique, tous leurs autres frères et sœur deviennent alors des titulaires des droits garantis par l'article 23, ce qui est alors susceptible d'augmenter leur « nombre ». Les gouvernements, en revanche, abordent ce phénomène non sans une certaine appréhension. Compte tenu des coûts relativement élevés que représente l'enseignement dans la langue de la minorité, les gouvernements sont

évidemment préoccupés par le nombre de titulaires des droits garantis par l'article 23. Bien que l'État soit tenu, de par la Constitution, d'offrir l'enseignement dans la langue de la minorité aux personnes qui y ont droit, il n'a pas l'obligation de garantir ces droits à d'autres personnes. L'État est par conséquent parfaitement justifié de contrôler attentivement l'admission dans les établissements scolaires de la minorité linguistique: *Nguyen c Québec*, au par. 36; *Solski (Tuteur de) c Québec (Procureur général)*, 2005 CSC 14, au par. 48, [2005] 1 RCS 201.

[46] Le ministre actuel a démontré qu'il était ouvert à examiner au cas par cas les demandes d'inscription présentées par des non-ayants droit. Cette façon de faire peut se justifier pour des raisons d'ordre public, mais le ministre n'a aucune obligation constitutionnelle dont on pourrait exiger l'exécution devant les tribunaux. L'argument des intimés suivant lequel si le « nombre ne le justifie pas », ils ont le droit d'ajouter plus d'élèves jusqu'à ce que le nombre « le justifie » viderait de son sens la définition soigneusement formulée des ayants droit que l'on trouve à l'article 23.

[47] Selon l'argument accessoire qu'invoquent les intimés, le conseil scolaire de la minorité linguistique a le droit exclusif de décider qui peut être admis dans ses écoles. Les intimés affirment que la Commission scolaire a le droit de faire appliquer ses politiques existantes qui permettraient que jusqu'à 20 p. 100 de ses élèves soient des non-ayants droit. Les droits de gestion et de contrôle définis dans l'arrêt *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 72 Alta LR (2d) 257, ne sont pas illimités. Ces droits ne confèrent pas au conseil scolaire la capacité de faire tout ce qu'il veut et ne lui donnent pas carte blanche. Les droits conférés au conseil scolaire (ou au ministre) ne lui donnent pas le pouvoir d'interpréter l'article 23, de décider qui possède des droits en vertu de cet article ou de définir la portée de ces droits. Le conseil scolaire ne peut pas définir qui sont les ayants droit ni à quelles installations il a droit en vertu de la *Charte*. Ces questions doivent ultimement être tranchées par les tribunaux supérieurs.

[48] La juge de première instance a confirmé que l'inclusion des non-ayants droit avait des conséquences sur les conclusions de fait tirées au sujet du « nombre » d'élèves en cause:

653. Dans mes motifs de décision dans [le procès de *Hay River*, 2012 CSTN-O 44], j'ai conclu que c'est la CSFTN-O qui doit décider de l'accessibilité à son programme. En vertu de la politique d'admission actuelle de la CSFTN-O, l'effectif cible déborde donc effectivement du strict cadre de l'article 23.

Par conséquent, les conclusions de fait tirées au sujet du « nombre » sont entachées d'une erreur de droit fondamentale qui commande notre intervention. Comme la juge de première instance l'a reconnu, cette erreur a eu une incidence véritable sur le résultat.

#### *Défaut de répondre aux lettres*

[49] La juge de première instance a effectivement perdu de vue la charge de la preuve applicable à certains faits concernant les activités ou inactivités qui débordaient le cadre du litige. Des pourparlers avaient eu lieu entre les parties avant l'introduction de la présente

instance. Au cours de ces pourparlers, les intimés avaient fait valoir leur point de vue au sujet des effectifs cibles à l'école. Bien que les appelants aient répondu à certains aspects de ces exposés de principes, la juge de première instance a conclu qu'« [...] il n'y a aucune indication dans cette lettre, ni dans aucune autre communication écrite des Défendeurs à la CSFTN-O, qui remet en question sa position concernant les effectifs cibles [...] ». La juge de première instance a expliqué que, si les appelants s'opposaient à ces chiffres, « ils auraient dû lui faire savoir, ce qu'ils n'ont pas fait » (au par. 662). La juge de première instance conclut, au par. 663: « [S]i les Défendeurs contestaient ces chiffres, il leur incombait de prendre des mesures pour clarifier le nombre d'ayants droit à Yellowknife. » (Non souligné dans l'original.) Il s'agit là d'une erreur de principe qui porte atteinte aux conclusions de fait. Il incombait toujours aux intimés de faire la preuve de toutes les conditions préalables de la demande.

[50] Dans certains cas, le défaut d'une partie de répondre à une accusation peut équivaloir à une preuve probante du fait en litige. Rien toutefois, en ce qui concerne le contexte dans lequel les pourparlers se sont déroulés relativement à la capacité des écoles, ne justifie la conclusion que le silence des appelants sur le sujet a quelque valeur probante que ce soit. Ainsi qu'il a été dit dans le jugement *Richards c Gellatly* (1872), LR 7 CP 127, à la p. 131 :

[TRADUCTION]

Il semble qu'à une certaine époque, il incombait au destinataire d'une lettre d'y répondre et que son omission de le faire était interprétée comme une admission de sa part de la véracité de son contenu. Mais cette idée a depuis longtemps été écartée et l'absurdité d'en tirer des conséquences a depuis été démontrée.

Il est de jurisprudence constante qu'il faut faire preuve d'une grande prudence avant de tirer des inférences ou de conclure à des admissions simplement parce qu'une personne a jugé socialement ou tactiquement plus prudent d'éviter de répondre à une lettre plutôt que de créer une controverse ou de l'aggraver en rétorquant par une position contraire: *Teskey c Canada (A.G.)*, 2014 ONCA 612, au par. 7.

[51] La lettre en question a été écrite au cours des négociations et des pourparlers entrepris entre les parties au sujet des besoins légitimes des établissements scolaires et des droits constitutionnels des intimés. L'une ou l'autre des parties aurait vraisemblablement pu revendiquer un privilège relatif à la transaction relativement à la lettre, mais il semble que ni l'une ni l'autre ne l'a fait. Il semblerait toutefois inacceptable de se servir d'une lettre de cette nature pour la transformer en une source d'inférences ou d'admissions parce qu'une des deux parties n'a pas réfuté ou attaqué chacune des allégations formulées. Cette façon de procéder au cours d'un procès subséquent ne ferait qu'inciter les parties engagées dans de telles discussions à adopter une position rigide et intransigeante au cours des négociations et à réfuter inutilement chacune des propositions avancées par la partie adverse.

[52] De plus, il était très évident pour chacun des appelants et des intimés que l'« effectif cible » étaient l'une des questions centrales dans le présent litige. Cette question découlait de l'argument juridique principal, c'est-à-dire la question de savoir si l'on pouvait tenir compte de

non-ayants droit et si la Commission scolaire contrôlait les admissions. Les intimés savaient que les appelants n'étaient pas d'accord avec eux sur leurs projections; si les appelants étaient d'accord, on n'aurait guère eu besoin d'un procès de deux mois sur la question. Le fait que les appelants n'aient jamais répondu formellement par écrit aux intimés n'a eu aucune conséquence.

[53] Le défaut de répondre à cette lettre n'a eu aucune incidence sur la valeur des éléments de preuve versés au dossier; il s'agissait d'une considération dénuée de pertinence. La juge de première instance n'avait aucune raison d'en faire mention, mais ce facteur a clairement joué un rôle dans son analyse. Le défaut de répondre à cette lettre rédigée avant le procès n'avait, en droit, pas pour effet de déplacer le fardeau de la preuve. Les appelants ont, dans l'abstrait, l'obligation de s'acquitter de leurs obligations constitutionnelles, mais dès lors que les intimés ont cherché à obtenir une ordonnance judiciaire forçant les appelants à construire des installations précises, il leur incombait de démontrer le bien-fondé de leurs arguments. À ce moment-là, il incombait exclusivement aux intimés de démontrer que le « nombre » justifiait la réparation réclamée. La juge de première instance avait l'obligation de trancher la question en fonction de la preuve versée au dossier (produite par les deux parties), et non sur une lettre non pertinente écrite avant le procès. Cette erreur de droit mine la déférence – sans toutefois la détruire complètement – à laquelle les conclusions de faits qu'elle a tirées auraient autrement droit.

#### *Le sondage contesté*

[54] À un certain moment, les appelants ont proposé de mener un sondage pour déterminer le nombre potentiel d'élèves de la minorité linguistique. Un désaccord a surgi au sujet de la portée des questions qui pouvaient être posées. Les intimés voulaient inclure des questions au sujet du nombre de non-ayants droit dans la communauté. Les appelants ont simplement laissé tomber la question. La juge de première instance a fait aux appelants le blâme du défaut de parvenir à un consensus en faisant observer, au par. 670 que « les Défendeurs avaient une obligation de mener leurs propres études s'ils contestaient ce que les Demandeurs avançaient concernant les nombres de leur clientèle cible ».

[55] En tout premier lieu, il convient de signaler que la position des appelants sur la question était exacte en droit. Comme nous l'avons déjà expliqué (*supra*, aux par. 41 à 48), l'analyse fondée sur la « justification par le nombre » ne tient compte que des ayants droit visés à l'article 23; les intimés ont tort d'insister pour dire qu'ils pourraient gonfler leurs chiffres en tenant compte d'autres personnes. Ainsi, s'il y a lieu de reprocher à l'une ou l'autre partie de ne pas être parvenues à un consensus sur les questions à inclure dans le sondage, c'est bien les intimés qu'il faut blâmer.

[56] De plus, les chiffres cibles des intimés étaient contenus dans un document appelé Vision 20-20, que la juge de première instance a déclaré non admissible en preuve pour établir la véracité de son contenu (motifs, au par. 391). L'analyse approfondie de la question (motifs, aux par. 661 à 670) révèle que la juge de première instance a par la suite attribué une valeur probante ou analytique à son contenu malgré le fait qu'elle l'avait d'abord déclaré non admissible en

preuve. Elle a commis une erreur en l'utilisant de cette façon. Si ce document n'était pas admissible en preuve, il ne pouvait être utilisé pour établir la véracité de son contenu ou pour confirmer d'autres éléments de preuve versés au dossier. Conclure autrement conférerait une valeur testimoniale à des éléments de preuve non admissibles et servirait de moyen détourné d'influencer l'interprétation par la Cour des autres éléments de preuve qui doivent être évalués indépendamment de ces éléments de preuve jugés non admissibles.

[57] Toutefois, même si le défaut de parvenir à un consensus sur l'offre de mener un sondage peut être reproché autant à une partie qu'à l'autre, la juge de première instance en impute exclusivement la faute aux appelants (au par. 670). Ainsi que la juge de première instance l'a souligné, le sondage aurait pu être mené sans nuire à la position des parties. Bien qu'il incombe à chacune des parties de présenter des éléments de preuve au procès, le défaut des appelants de mener ce sondage ne constitue pas un élément de preuve, n'est pas un facteur pertinent pour apprécier la preuve et n'a pas eu d'incidence sur le fardeau de la preuve qui incombait aux intimés. Si la juge de première instance estimait qu'il n'y avait pas de preuve, elle n'avait qu'à le dire. Le différend au sujet du sondage n'est pas pertinent, pas plus que les critiques adressées aux appelants. Cette erreur mine également les conclusions de fait.

#### *Les plans relatifs à la Phase 2*

[58] Une autre lacune que comporte l'analyse de la juge de première instance découle du traitement qu'elle a fait de l'accord des appelants en vue de préparer des plans en vue des éventuels travaux d'agrandissement de la Phase 2. Les appelants avaient accepté dans les termes les plus nets, aux termes de l'ordonnance de consentement de février 2006 de construire la Phase 1, mais dans le cas de la Phase 2, ne s'engageaient à rien de plus qu'à préparer des plans schématiques. Bien que la juge de première instance ait reconnu que les appelants « ne s'engageaient pas à entreprendre des travaux de construction » pour la Phase 2 (motifs, au par. 816), elle écrit néanmoins ce qui suit:

798. Pour moi, la position avancée par les Défendeurs à ce procès, à l'effet que [sic] l'ÉASC est adéquate pour combler les besoins de la minorité francophone à Yellowknife, est quelque peu incompatible avec ce qu'ils ont fait valoir au gouvernement fédéral dans les négociations concernant le financement de la Phase 2. Il me semble aussi que cette position est incompatible avec leur engagement de faire préparer les plans schématiques pour la Phase 2. Il me semble logique de conclure que, surtout faisant face à beaucoup de besoins en infrastructures et un budget limité, l'engagement de ressources dans cette planification, et les efforts auprès du gouvernement fédéral pour obtenir une contribution financière au projet, signale une reconnaissance du besoin d'agir. (Non souligné dans l'original.)

Ce raisonnement est, à tout le moins, intrinsèquement contradictoire. L'engagement de concevoir – et non de construire — la Phase 2 est interprété comme une admission d'une obligation constitutionnelle de procéder à la construction de la Phase 2, ce qui a pour effet de transformer la demande initiale de jugement sommaire partiel en un jugement sommaire entier. Si telle était effectivement la position des défendeurs, les deux mois qu'a nécessités l'instruction de la présente action devenaient en grande partie superflus. Si les appelants « reconnaissent » véritablement la « nécessité d'agir » constitutionnelle par le truchement de l'ordonnance de consentement que restait-il donc d'autre à faire au tribunal de première instance?

[59] Il est déraisonnable de croire qu'un engagement de consacrer des fonds à la planification et à la conception constitue en réalité un engagement de dépenser des millions à des travaux effectifs de construction. Les attentes subjectives des intimés ne créent pas des droits reconnus par la *Charte*. Voici le raisonnement suivi par la juge de première instance (motifs, au par. 816):

. . . Aucun individu ou gouvernement ne consacrerait les ressources nécessaires à la planification d'un agrandissement d'une telle ampleur pour le plaisir, sans intention de passer à l'étape suivante une fois les plans complétés.

Les appelants seraient certainement d'accord pour dire qu'on ne faisait certainement pas les choses « pour le plaisir », mais à tous autres égards ce raisonnement n'est pas convaincant. Premièrement, les coûts de planification sont minimes par rapport aux coûts de construction. Bon nombre de projets sont planifiés sans jamais voir le jour, et l'idée que la construction suit inévitablement la décision de les planifier va à l'encontre de l'expérience courante. Rien au dossier ne confirme pareille conjecture. Cette inférence contredit également le libellé clair de l'ordonnance de consentement et la conclusion suivant laquelle aucun engagement n'a été pris de construire la Phase 2.

[60] Deuxièmement, le contexte dans lequel l'entente de planification de la Phase 2 a été conclue est critique. Aux termes de l'ordonnance de consentement de février 2006, les appelants avaient accepté de construire la Phase 1, mais n'avaient convenu que de préparer des plans schématiques pour l'école qui tiendraient compte d'éventuels travaux d'agrandissement notamment en vue d'ajouter un gymnase et d'autres salles de classe. Adopter des plans qui permettraient une future croissance était en soi raisonnable dans le cas d'un bâtiment dynamique comme une école qui était susceptible d'évoluer avec le temps. De plus, il était toujours possible que la Cour accorde d'autres réparations aux intimés à l'issue du procès, auquel cas il aurait été téméraire de concevoir un bâtiment que l'on ne pourrait agrandir. Le fait que les plans prévoyaient un agrandissement était en grande partie non pertinent et ne constituait certainement pas une admission ou une « reconnaissance » de quelque ordre que ce soit.

[61] Troisièmement, l'entente de planifier la Phase 2 a été faite sous pression. Les appelants s'étaient opposés à la requête en « injonction provisoire » et, après avoir perdu, ils avaient la possibilité d'interjeter appel ou d'atténuer leur position. Comme le juge siégeant en son cabinet

avait estimé que les arguments des intimés étaient séduisants, sans même avoir entendu l'ensemble des témoignages et des arguments des appelants, ces derniers craignaient sans doute l'issue d'un éventuel procès. (La juge de première instance avait accordé une « injonction » semblable dans l'affaire connexe *Hay River*, 2008 CSTNO 53). L'éventuel « consentement » était très limité, étant donné qu'il ne concernait que les salles de classe mobiles, et la décision de s'engager à faire de la planification doit par conséquent être examinée dans ce contexte. Les appelants devaient composer avec une ordonnance prononcée contre eux et ils avaient seulement accepté de modifier la nature de la réparation qui leur avait déjà été accordée, ce qui aurait pu être considéré comme une décision légitime d'ordre public favorable à l'enseignement dans la langue de la minorité (qu'elle soit ou non imposée par la Constitution) ou constituait peut-être une façon de rendre l'ordonnance moins inacceptable. Toutefois, il est déraisonnable dans ce contexte de transformer une entente visant à planifier des installations en une admission voulant que ces installations soient imposées sur le plan constitutionnel par la *Charte* ou soient prévues par une entente prévoyant leur construction.

[62] Il est vrai que les appelants n'ont jamais porté en appel l'injonction « provisoire », mais qu'ils ont plutôt tenté d'en atténuer les effets (*supra*, au par. 8). La nature et la teneur de cette « injonction provisoire » sont toutefois pertinentes dans le cas du présent appel parce que les intimés et la juge de première instance ont interprété tant ses modalités que l'ordonnance de consentement qui en a résulté comme une forme de concession de la part des appelants et y ont vu une mesure empêchant les appelants d'adopter une position différente au procès et en appel. Il n'est pas raisonnable de transformer les mesures prises de bonne foi par les appelants pour se conformer à l'ordonnance provisoire en une admission suivant laquelle même d'autres installations étaient exigées par la Constitution. Le défaut des appelants de se conformer à l'ordonnance provisoire aurait terni l'image de la primauté du droit. L'État devrait être incité à se conformer aux ordonnances des tribunaux de façon à ne pas être défavorisé s'il s'y conforme.

[63] Quatrièmement, la juge de première instance a utilisé de façon irrégulière le fait que les appelants avaient demandé un financement fédéral pour procéder à la construction de la Phase 2. Il a toujours été reconnu que le bilinguisme est un sujet qui intéresse tant le fédéral que le provincial. Le gouvernement fédéral devrait être incité à appuyer l'instruction dans les deux langues et les appelants ne devraient pas être pénalisés parce qu'ils ont demandé ce type d'aide. Les appelants ne devraient pas non plus être pénalisés parce qu'ils ont fait de leur mieux pour convaincre Ottawa de la nécessité de procéder à la Phase 2. Ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 365, l'État peut toujours fournir davantage que l'enseignement minimal dans la langue de la minorité exigée par la *Charte* et devrait être encouragé à le faire.

[64] Même si la préparation de plans schématiques pour la Phase 2 démontre une ouverture ou une volonté de construire ces installations additionnelles, cela n'équivaut pas à une admission qu'ils sont exigés par la Constitution. Cela démontre tout au plus une reconnaissance que la Phase 2 était « souhaitable » dans l'abstrait. Le GTN-O avait, après tout, déjà construit deux écoles de la minorité linguistique et constitué un conseil pour les écoles de la minorité linguistique sans ergoter sur la question de la « justification par le nombre » à propos de ces

installations. Le fait que les appelants aient préparé des plans schématiques et qu'ils aient ensuite demandé un financement révèle tout au plus l'existence d'une décision d'ordre public et non une admission que ces installations étaient exigées par la Constitution et donnait droit aux intimés d'exiger une ordonnance pour leur construction. La tentative de trouver du financement pour la construction de la Phase 2 était une démarche admirable de la part des appelants qui a pourtant été interprétée contre eux. La recherche de ressources pour réaliser la construction de la Phase 2 était simplement conforme aux objectifs généraux de l'article 23, de l'entente conclue entre les parties et de l'ordonnance prononcée par la Cour.

[65] La juge de première instance a clairement tenu pour acquis (motifs, au par. 798) que l'argument des appelants, suivant lequel aucune autre installation n'était nécessaire, était « incompatible » avec la position défendue par le gouvernement fédéral. Bien que ces observations aient été formulées au cours de son analyse de la question des dommages-intérêts, il est déraisonnable de penser qu'elle a formulé cette opinion après avoir déjà tranché la question de savoir si le « nombre justifiait » la construction d'autres installations.

[66] Cette erreur sur le plan de l'analyse mine davantage les conclusions que la juge de première instance a tirées de la preuve.

#### *Preuve statistique et témoignages d'experts*

[67] Les intimés ont fait témoigner des experts au sujet du nombre éventuel d'ayants droit de la langue de la minorité à Yellowknife. Ces experts et les appelants se sont fondés sur les données du recensement de 2006. Bien que certains experts aient expliqué que les données du recensement doivent être rajustées, personne n'a laissé entendre qu'elles étaient intrinsèquement peu fiables. La juge de première instance a reconnu que les données du recensement étaient fiables, mais elle a conclu qu'il fallait les rajuster pour qu'ils soient utiles dans le contexte factuel particulier en cause. Il n'a pas été démontré que cette façon de procéder était entachée d'une erreur justifiant notre intervention.

[68] La juge de première instance a également entendu passablement de témoignages d'experts. Elle a accepté l'opinion des experts, notamment celle de M. Landry, Ph. D. La sélection des témoignages d'experts et la valeur à leur accorder font partie du mandat du juge de première instance et ne doivent être modifiées qu'en cas d'erreur manifeste et dominante: *Nova, an Alberta Corp c Guelph Engineering Co*, 1989 ABCA 253, au par. 10, 100 AR 241; *Pedherney c Jensen*, 2011 ABCA 9, au par. 19, 499 AR 216. Or aucune erreur de cette nature qui justifierait notre intervention n'a été démontrée suivant le dossier.

[69] Cela dit, certains des témoignages d'experts entendus en l'espèce étaient d'une utilité limitée. Ils se résumaient en grande partie à exprimer l'opinion que « l'article 23 est une bonne idée » et qu'il aurait été « une meilleure idée » de formuler l'article 23 en lui donnant une plus grande portée ou que cela aurait été encore une meilleure idée de l'interpréter de façon plus large (p. ex., motifs, aux par. 257 et 258 et 284). Comme l'article 23 se trouve de toute évidence dans la *Charte* et qu'il doit être interprété conformément aux principes constitutionnels acceptés, ces

témoignages d'opinion étaient tout au plus d'une utilité négligeable. Dans certains cas, les experts ont été autorisés à témoigner au sujet de points de droit. Par exemple, M. Landry a été autorisé à expliquer que la population cible comprenait des non-ayants droit (motifs, au par. 651). Or, les témoins ne sont pas autorisés à témoigner au sujet de points de droit et, comme nous l'avons déjà expliqué, l'opinion de M. Landry est erronée. Les témoignages qui débordent les compétences reconnues de l'expert ne sont pas admissibles en preuve: **R. c Sekhon**, 2014 CSC 15, aux par. 46 à 48, [2014] 1 RCS 272. L'opinion de l'expert sur la façon dont il aurait rédigé l'article 23 s'il en avait eu la possibilité n'est pas pertinente et risque de détourner l'attention de la Cour. L'article 23 doit être interprété en fonction des principes constitutionnels applicables et non en fonction de l'opinion des experts.

### *Écoles de comparaison*

[70] Un des principaux différends factuels entre les parties concerne le choix des écoles de comparaison. Pour définir ce qui équivaudrait à « l'égalité réelle » en matière d'enseignement dans la langue de la minorité, chacune des parties a cité les services offerts dans d'autres établissements scolaires. Les intimés ont mentionné les services offerts dans des établissements scolaires anglophones de Yellowknife. Les appelants ont soutenu que les établissements scolaires en question étaient beaucoup plus grands et qu'ils n'étaient pas comparables et ils ont plutôt mentionné d'autres établissements scolaires tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des Territoires du Nord-Ouest d'une taille semblable.

[71] La juge de première instance a conclu qu'en pratique, les titulaires de droits garantis par l'article 23 avaient le choix à Yellowknife entre l'École Allain St-Cyr et les écoles secondaires locales de langue anglaise (l'École Sir John Franklin et l'École St. Patrick). La possibilité de fréquenter une école de plus petite taille ailleurs dans les Territoires du Nord-Ouest ne constituait pas une solution de rechange réaliste. La juge de première instance a par conséquent utilisé ces deux écoles secondaires comme écoles de comparaison (motifs, aux par. 582 et 583).

[72] La sélection des écoles de comparaison était une question de fait à l'égard de laquelle il y a lieu de faire preuve de déférence. En réalité, il n'y avait pas vraiment de véritables écoles de comparaison. Les deux établissements scolaires de Yellowknife qui ont été retenus étaient beaucoup plus grands que l'École Allain St-Cyr. Les établissements scolaires plus petits qui ont été mentionnés se trouvaient dans des communautés plus petites et ne constituaient pas des cadres de référence particulièrement utiles. Si une erreur justifiant notre intervention a été commise en ce qui concerne les écoles de comparaison, elle ne portait pas sur le choix des autres écoles de Yellowknife, mais bien sur l'importance et l'utilité exagérées accordées à ces comparaisons (voir *infra*, au par. 133). Dans le cas qui nous occupe, le critère variable devait être appliqué sans accorder trop d'importance aux écoles de comparaison, même si celles-ci faisaient partie de la preuve.

[73] À titre d'exemple, l'École Sir John Franklin et l'École St. Patrick servent toutes deux des élèves de la 9<sup>e</sup> à la 12<sup>e</sup> années. La première compte 750 élèves et est exploitée à 102,5 p. 100 de sa capacité, tandis que la seconde accueille 570 élèves et fonctionne à 114,9 p. 100 de sa

capacité. Le nombre comparable d'élèves fréquentant l'École Allain St-Cyr était de 30 élèves: 21 élèves inscrits en 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> années et 9 élèves en 10<sup>e</sup>, 11<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> années (motifs, au par. 706). Le programme d'études secondaires offert à l'École Allain St-Cyr ne correspond qu'à 4 p. 100 de la taille de celui de l'École Sir John Franklin et 5,3 p. 100 de la taille de celui de l'École St. Patrick. Cette différence marquée dans la taille des établissements scolaires de la majorité linguistique a joué un rôle déterminant dans l'analyse de la « justification par le nombre », mais la juge de première instance a estimé qu'elle n'était « pas pertinente pour établir ce qui, au point de départ, doit servir de point de comparaison » (motifs, au par. 584) et elle n'a jamais accordé de poids à ce facteur ailleurs dans son analyse. Même si les deux établissements scolaires anglophones étaient les éléments de comparaison appropriés, ils n'étaient pas très utiles.

### *Résumé*

[74] En résumé, les conclusions de fait visées par le présent appel et touchant plusieurs questions importantes reposent en partie sur des erreurs d'analyse. Aucune de ces erreurs ne peut être qualifiée d'erreur manifeste et dominante au point de discréditer l'ensemble de la décision. Elles doivent toutefois être examinées collectivement et, envisagées sous cet angle, elles sont suffisamment graves pour entacher certaines des conclusions tirées dans cet important litige constitutionnel public. Elles sont aggravées par les erreurs de fait et de droit analysées ailleurs dans les présents motifs. Pris globalement, lorsqu'on les considère en corrélation avec le résultat, les motifs ne révèlent pas un résultat défendable et raisonnable. Il ne s'ensuit pas que chacune des conclusions de fait tirées par la juge de première instance devrait être écartée ou rejetée d'emblée. Il convient quand même de faire preuve de déférence dans le cas des conclusions qui sont justifiées. Toutefois, la nature fondamentale des erreurs commises mine la déférence à laquelle il y a lieu de faire preuve relativement à plusieurs des questions essentielles et nous oblige à procéder à un examen approfondi en appel.

### Portée des droits prévus à l'article 23 appliquée aux établissements d'enseignement

[75] L'article 23 de la *Charte* incorpore un groupe précis de droits visant à garantir la vitalité des communautés linguistiques minoritaires au Canada. L'interprétation réparatrice exigée a été résumée dans l'arrêt *Nguyen c Québec* :

25 Notre Cour s'est penchée à plusieurs reprises sur l'art 23 depuis l'entrée en vigueur de la *Charte canadienne* en 1982. Cette disposition établit un code complet qui détermine la nature et la portée des droits à l'instruction dans la langue des minorités anglophone ou francophone. L'article 23 vise particulièrement les communautés linguistiques minoritaires dans l'ensemble du Canada. D'ailleurs, cette disposition n'a pas été adoptée dans l'abstrait. Bien au fait de la situation des minorités linguistiques et des aménagements législatifs en matière de langue d'enseignement existants au Canada, le constituant a voulu remédier aux lacunes les plus graves des régimes juridiques appliqués à ces minorités, et apporter des remèdes uniformes aux injustices du passé (*Quebec*

*Association of Protestant School Boards*, p. 79; *Mahe c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342, p. 363-364; *Solski*, par. 21). L'article 23 a été alors conçu comme un instrument de réalisation de l'égalité entre les deux groupes linguistiques officiels au Canada (*Mahe*, p. 369; *Arsenault-Cameron c. Île-du-Prince-Édouard*, [2000] 1 R.C.S. 3, par. 26).

26 Depuis l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards*, notre Cour a constamment jugé qu'une méthode téléologique — fondée sur la recherche du but du constituant au moment de l'adoption de l'art. 23 — s'impose dans l'interprétation de cette disposition. Elle a affirmé à plusieurs reprises que cet article vise à assurer la protection des langues officielles ainsi que celle des cultures qu'elles expriment, et à favoriser leur épanouissement, dans les provinces où elles sont minoritaires (*Mahe*, p. 364; *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, art. 79(3), (4) et (7), [1993] 1 R.C.S. 839, p. 849; *Gosselin (Tuteur de) c. Québec (Procureur général)*, [2005] 1 R.C.S. 238, par. 28; *Solski*, par. 7). Par ailleurs, même s'ils expriment un compromis politique, les droits linguistiques garantis doivent recevoir une interprétation large, libérale et compatible avec l'objet identifié, tout comme les autres droits constitutionnalisés par la *Charte* (*Mahe*, p. 364-365; *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (Ministre de l'Éducation)*, [2003] 3 R.C.S. 3, par. 23-24; *Solski*, par. 20). Cependant, le contexte historique, démographique et social ayant conduit à la reconnaissance des droits garantis par l'art. 23 demeure la toile de fond de l'analyse des droits linguistiques et il permet de mieux cerner les préoccupations qui ont inspiré leur reconnaissance constitutionnelle (*Solski*, par. 5). L'analyse et l'interprétation des droits linguistiques cherchent aussi à prendre en compte la dynamique propre à la situation des langues officielles dans chaque province (*Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, p. 851; *Ford c. Québec (Procureur général)*, [1988] 2 R.C.S. 712, p. 777-778; *Solski*, par. 7). Ces principes fixent le cadre interprétatif de l'art. 23 de la *Charte canadienne*.

Ces principes fondamentaux ont été appliqués par les tribunaux dans divers contextes factuels se rapportant à plusieurs questions différentes découlant du libellé de l'article 23.

[76] Dans le présent appel, le contexte se rapporte à la qualité et à la quantité des « installations » exigées constitutionnellement par l'alinéa 23(3)b). En clair, la question n'est pas de savoir quelles installations correspondraient à l'école en milieu scolaire de la minorité linguistique idéale. Les attentes ou les aspirations des parents de la minorité linguistique et l'utopique école théorique de la minorité linguistique ne nous intéressent pas. Ainsi qu'il a été déclaré dans l'arrêt *Solski*, aux par. 29 et 30, l'article 23 visait à adopter « un ensemble uniforme de droits minimums qui, dans les faits, limitent la compétence provinciale en matière d'éducation » (non souligné dans l'original). Les intimés ont intenté une action en vue d'obtenir une ordonnance judiciaire forçant le gouvernement à consacrer des deniers publics à des établissements scolaires. Une telle ordonnance n'est justifiée que pour s'assurer que les normes

minimums d'enseignement dans la langue de la minorité exigées par la *Charte* soient respectées. La compétence légitime des tribunaux ne va pas plus loin: *Ontario c Criminal Lawyers, Association of Ontario*, 2013 CSC 43, par. 41, [2013] 3 RCS 3. Les appelants ont le droit de contester une ordonnance judiciaire les forçant à en fournir plus, même si, par principe, ils pourraient choisir volontairement d'en faire plus.

[77] Il y a probablement très peu d'établissements scolaires (de la langue de la minorité ou de la langue de la majorité) qui ne pourraient pas être améliorés. La surpopulation, les lacunes des infrastructures, la pénurie d'installations, le report des travaux d'entretien sont des problèmes courants. La *Charte* ne crée pas de droit à des établissements scolaires parfaits, seulement un droit à l'égalité. La pénurie de ressources est particulièrement criante dans des provinces ou territoires plus petits comme les Territoires du Nord-Ouest. Les établissements scolaires de la minorité doivent exister dans un système d'enseignement plus large et être réalistes au sujet de la disponibilité des ressources. Il ne suffit donc pas pour les intimés de démontrer que des installations déterminées seraient souhaitables ni que ces installations sont exigées par la Constitution simplement parce qu'elles existent au sein des établissements scolaires de la majorité linguistique. Par exemple, les intimés soutiennent que l'École Allain St-Cyr est surpeuplée, ce qui limite la marge de manœuvre dont dispose son directeur en matière de gestion des programmes, même si l'école est fréquentée par 110 élèves alors qu'elle a une capacité de 160 élèves et qu'elle fonctionne dont à 69 p. 100 de sa capacité. Bien que les établissements scolaires de la majorité linguistique plus grands offrent des services plus diversifiés, ils fonctionnent tous les deux au-delà de leur capacité (l'École Sir John Franklin fonctionne à 102,5 p. 100 de sa capacité et l'École St. Patrick, à 114,9 p. 100 de sa capacité), de sorte qu'ils souffrent probablement eux aussi d'un manque de souplesse. Les écoles de la minorité linguistique ne réaliseront jamais les économies d'échelle des établissements scolaires de la majorité linguistique, mais l'analyse de la « justification par le nombre » exige que l'on tienne compte des contraintes de financement propres à l'ensemble du système.

[78] Trois points juridiques fondamentaux doivent être examinés pour répondre à la question de savoir quelles installations de l'enseignement dans la langue de la minorité sont exigées par la Constitution :

- a) l'article 23 protège-t-il sur le plan constitutionnel les garderies et les prématernelles?
- b) la nécessité de mobiliser des ressources;
- c) la pertinence de la provenance du financement pour les installations destinées à l'enseignement dans la langue de la minorité.

#### *Garderies et prématernelles*

[79] L'article 23 prévoit le « droit [de] faire instruire [ses enfants] aux niveaux primaire et secondaire ». Les intimés soutiennent que les garderies et les prématernelles sont visées par cette

disposition parce qu'elles sont étroitement liées au recrutement des élèves pour les écoles de la minorité linguistique. La juge de première instance a rejeté cet argument (motifs, aux par. 758 et 759), et les intimés ont contesté cette conclusion dans l'appel incident qu'ils ont formé.

[80] La portée de l'expression « enseignement primaire » est susceptible d'évoluer avec le temps. Si le gouvernement englobait les prématernelles (ou la prématernelle à temps partiel) dans ses lois dans le cadre de l'enseignement primaire pour les établissements scolaires de la majorité linguistique, il est probable que l'enseignement de niveau similaire serait protégé en vertu de l'article 23 dans le cas des écoles de la minorité linguistique. Les tribunaux supérieurs seraient l'arbitre ultime en cas de conflit, mais dès lors que les décisions auraient été prises de bonne foi et qu'elles répondraient à une définition acceptable du point de vue constitutionnel de l'expression « enseignement primaire », l'intervention judiciaire ne serait pas justifiée. Cette question ne se pose pas en l'espèce parce que les appelants ne contestent pas que l'enseignement actuel de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année offert à l'École Allain St-Cyr est protégé.

[81] L'article 23 ne protège que l'instruction au niveau « primaire et secondaire ». Il ne vise pas expressément l'enseignement préscolaire ou postsecondaire. Rien ne permet d'interpréter cet article de manière à inclure l'enseignement préscolaire ou les garderies; les rédacteurs de la *Charte* ont manifestement exclu ces droits. Les intimés affirment qu'il est très important de favoriser la francisation au niveau préscolaire pour freiner l'assimilation. Cela est peut-être vrai, mais du point de vue juridique, leur argument revient à soutenir que l'article 23 aurait dû avoir une portée plus large.

[82] La juge de première instance a estimé à raison que la garderie et la prématernelle ne sont pas protégées par l'article 23 et l'appel incident doit être rejeté.

#### *Mobilisation de ressources*

[83] L'École Allain St-Cyr abrite l'établissement scolaire de la minorité linguistique. On y trouve également une garderie et une prématernelle. De plus, à l'instar de bon nombre d'établissements scolaires, l'École Allain St-Cyr appuie des activités communautaires de nature non éducative: *Mahe*, à la p. 363. Une question a été soulevée au sujet de la capacité de la Commission scolaire d'aménager de l'espace dans l'école à des fins non protégées par l'article 23. Les appelants ont soutenu que tout l'espace devrait d'abord être consacré à s'acquitter des obligations constitutionnelles prévues à l'article 23 et que les intimés ne pouvaient se plaindre d'un manque de locaux d'enseignement si l'espace disponible avait été attribué à d'autres fins. Les intimés ont soutenu que l'affectation de certaines parties de l'École Allain St-Cyr à des fins préscolaires et communautaires était légitime.

[84] Lors de sa construction en 1999, un espace avait été aménagé pour une garderie dans l'École Allain St-Cyr. Après les travaux d'agrandissement de la Phase 1, encore plus d'espace a été attribué à la garderie. Il semble que cette mesure ait été prise parce que l'on croyait à tort que la garderie était protégée par l'article 23 et parce que le gouvernement fédéral avait accordé un certain financement pour la Phase 1 (motifs, aux par. 200 et 686).

[85] En principe, les titulaires des droits garantis par l'article 23 sont tenus de mobiliser leurs propres ressources. Les gouvernements ont l'obligation constitutionnelle d'offrir des établissements aux minorités linguistiques à même les deniers publics lorsque le nombre le justifie. Toutefois, lorsque ces infrastructures sont fournies, elles doivent être utilisées à cette fin; les conseils scolaires ne peuvent réaffecter ces ressources à d'autres fins et affirmer ensuite qu'elles ne reçoivent pas un financement ou des installations suffisants. Les intimés ne peuvent donc réaffecter l'espace à des utilisations communautaires ou préscolaires pour ensuite affirmer que l'espace restant est insuffisant.

[86] L'État peut certes accepter que certaines ressources ou installations n'ont pas été affectées à des fins prévues par l'article 23. Par exemple, lorsque l'École Allain St-Cyr a été construite à l'origine elle prévoyait un local pour une garderie. Cette affectation a été acceptée ou tolérée par le gouvernement. La question de savoir si les appelants peuvent retirer leur approbation de cette utilisation et insister pour que cet espace soit utilisé à des fins prévues par l'article 23 soulève certaines questions intéressantes. Il n'est pas nécessaire d'aborder ces questions dans le cadre du présent appel parce que les appelants ne s'opposent pas à ce que cette salle de classe soit utilisée comme garderie et qu'ils ne tiennent pas compte de ce local dans leur calcul de la capacité de l'école (motifs, aux par. 470 et 685). Ce à quoi les appelants s'opposent de façon légitime est toute augmentation de l'espace consacré à la garderie ou toute ordonnance par laquelle la Cour accorderait plus d'espace pour une telle utilisation non prévue par l'article 23.

[87] Suivant la preuve non contredite présentée par les appelants, l'école a une capacité de 160 élèves; 110 élèves y sont présentement inscrits. La juge de première instance n'a jamais contesté ces chiffres, mais a conclu que « l'ÉASC manque d'espace à l'heure actuelle » (motifs, au par. 695). La juge de première instance a expliqué que « l'édifice qui abrite l'ÉASC a à la fois une vocation scolaire et communautaire » et que le calcul de la capacité de l'école que faisaient les appelants ne tenait pas suffisamment compte « de l'importante vocation communautaire de l'édifice où se trouve l'école » (motifs, aux par. 683 et 687). La juge de première instance a estimé qu'il était logique d'exclure une partie des espaces disponibles des calculs en raison de leur « importante vocation communautaire » (motifs, au par. 686). Cette analyse est entachée d'une erreur de droit. L'article 23 protège uniquement les établissements d'enseignement dans la langue de la minorité. Il ne permet pas au tribunal d'ordonner au gouvernement d'offrir des établissements à d'autres fins communautaires, même si ces autres fins communautaires ont certains liens avec la promotion de la communauté linguistique minoritaire. Il se peut que l'immeuble serve d'importantes fins communautaires, mais il ne s'agit pas de fins protégées par l'article 23 et ces fins ne peuvent donner ouverture à une réparation fondée sur l'article 23. Les intimés n'ont pas le droit de détourner les ressources prévues pour l'enseignement dans la langue de la minorité à des fins communautaires pour ensuite affirmer que les établissements d'enseignement sont inadéquats. La Cour n'a pas compétence pour ordonner au gouvernement de fournir des services communautaires, indépendamment de leur importance.

[88] Comme nous l'avons déjà signalé, les appelants ne font pas valoir que l'espace initialement prévu pour la garderie devrait entrer dans le calcul des espaces scolaires (motifs, aux par. 470 et 685). De plus, la juge de première instance a conclu que la rotonde ne convenait pas comme espace scolaire et qu'elle devrait être exclue des calculs pour cette raison (motifs, au par. 772). Sinon, toute la superficie de l'École Allain St-Cyr devrait être considérée comme pouvant servir à l'enseignement dans la langue de la minorité. En particulier, la Cour a ordonné que les travaux d'agrandissement de la Phase 1 soient exécutés pour satisfaire aux exigences de l'article 23 et que tout cet espace soit considéré comme pouvant servir à l'enseignement primaire et secondaire. La Cour n'a pas compétence pour ordonner la construction de la Phase 1 à toute autre fin.

#### *Source du financement*

[89] Les intimés ont présenté une variante de l'argument de la « mobilisation » des ressources. Une partie du financement utilisé pour construire l'École Allain St-Cyr et pour les travaux d'agrandissement de la Phase 1 provient du gouvernement fédéral. Les intimés ont soutenu qu'une partie de cet espace devrait par conséquent servir à une vocation communautaire et non à une vocation d'enseignement dans la langue de la minorité au sens de l'article 23. Même si, de façon générale, ils étaient tenus de mobiliser leurs ressources, les intimés ont soutenu que ces ressources n'avaient pas été affectées aux installations construites avec du financement fédéral.

[90] La juge de première instance a reconnu que les appelants avaient obtenu, par l'entremise de divers programmes, du gouvernement fédéral une importante partie du financement destiné à l'école. La juge de première instance a estimé que les locaux construits avec cet argent ne devaient pas du tout être reconnus comme des locaux de la minorité linguistique et qu'ils pouvaient être consacrés à des usages communautaires généraux (motifs, aux par. 683, 686 et 765). La juge a conclu que les appelants pouvaient uniquement démontrer qu'ils avaient respecté les obligations constitutionnelles que leur imposait l'article 23 en prouvant qu'ils avaient utilisé leur « propre » argent pour offrir des établissements pour la minorité linguistique. Dans ce contexte, cette considération n'était pas pertinente.

[91] Premièrement, les Territoires du Nord-Ouest sont fortement tributaires du financement fédéral: 80 p. 100 de tout le financement du GTN-O provient du gouvernement fédéral (motifs, au par. 418). Le fait qu'un pourcentage important du financement des écoles de la minorité linguistique provient également de cette source est sans importance sur le plan constitutionnel et n'est guère étonnant. S'il existait une règle que le GTN-O pourrait invoquer pour démontrer qu'il s'est acquitté des obligations que lui impose l'article 23 et qu'il a utilisé ses « propres » deniers, seulement 20 p. 100 des dépenses réelles répondraient à cette définition!

[92] Deuxièmement, suivant la preuve non contredite, les locaux construits avec des fonds fédéraux ne sont pas assujettis à des conditions quant à leur affectation éventuelle (motifs, au par. 470). Aucun élément de preuve du présent dossier n'indique que le gouvernement fédéral s'est opposé à la façon dont les locaux de l'École Allain St-Cyr devaient être utilisés ou a pris position à ce sujet. La thèse des intimés au sujet des droits du gouvernement fédéral est, au

mieux, douteuse, mais il leur appartient à tout le moins de présenter des éléments de preuve pour démontrer que le financement fédéral est lié à l'utilisation éventuelle de cet espace. Or, on ne trouve aucun élément de preuve en ce sens au dossier. La conclusion suivant laquelle il est « logique » de prévoir de l'espace à des fins communautaires est de la conjecture non appuyée par la preuve.

[93] Il semblerait que le gouvernement fédéral ait été sensible au besoin des écoles de la minorité linguistique et qu'il ait été motivé à les aider en offrant du financement. À défaut d'un budget distinct pour des établissements de la minorité linguistique, les ministères fédéraux en cause ont utilisé d'autres sources disponibles, par exemple le financement destiné aux établissements communautaires. La juge de première instance a expliqué qu'une certaine « créativité » était de mise lorsqu'il s'agissait de ce type de financement (motifs, au par. 768). Par exemple, le financement du gymnase a été réclamé au motif qu'il serait consacré exclusivement à une vocation communautaire, tandis que, de toute évidence, il devait d'abord servir à une vocation d'enseignement dans la langue de la minorité. Peu importe le tour de passe-passe bureaucratique utilisé, au moment où l'argent est parvenu entre les mains du GTN-O, il n'était assorti d'aucune obligation.

[94] Le gouvernement fédéral ne s'est jamais opposé à la façon dont les appelants ont qualifié l'établissement qui a été construit. Ni le gouvernement fédéral ni la Commission scolaire ne sont parties au présent litige et aucun élément de preuve ne contredit la thèse des appelants suivant laquelle tous les établissements scolaires ont été construits pour les besoins des écoles de la minorité linguistique. L'État a, en vertu de l'article 23, l'obligation constitutionnelle d'offrir l'instruction dans la langue de la minorité, sur les fonds publics, là où le nombre le justifie. La manière dont le gouvernement reçoit l'argent lui permettant de s'acquitter de ses obligations est sans intérêt lorsqu'il s'agit d'analyser la portée des obligations en question. Ainsi que les intimés l'ont admis: [TRADUCTION] « Indépendamment du montant contribué par le gouvernement fédéral, le GTN-O est chargé d'offrir les installations. » (Mémoire, au par. 38.) Si, un jour, le gouvernement fédéral prend position sur la question, le débat peut être rouvert. Toutefois, dans l'état actuel du dossier, les appelants ont le droit d'insister pour dire que tous les locaux existant à l'École Allain St-Cyr, hormis les exceptions précises déjà mentionnées (*supra*, au par. 86), doivent être consacrés à assurer l'instruction de la minorité linguistique.

### *Résumé*

[95] En résumé, l'obligation imposée aux appelants consiste à fournir, sur les fonds publics, des établissements d'enseignement de la minorité linguistique aux niveaux primaire et secondaire lorsque le nombre d'enfants le justifie. Les garderies et les programmes de prématernelle ne sont pas compris. Lorsque des installations sont fournies à la communauté linguistique minoritaire pour remplir les obligations constitutionnelles prévues à l'article 23, ces installations ne peuvent être détournées vers d'autres utilisations. Il n'est pas pertinent de savoir comment les appelants ont obtenu leur financement pour s'acquitter de leurs obligations lorsqu'il

s'agit d'analyser si les établissements qu'ils ont obtenus sont suffisants, à moins que du financement extérieur ne soit expressément alloué à des fins non scolaires précises.

Pour quels établissements d'enseignement y a-t-il « justification par le nombre »?

[96] La question essentielle dans le présent appel est celle de savoir si le « nombre » actuel et éventuel d'élèves de la minorité linguistique à Yellowknife « justifie » les réparations qui sont réclamées par les intimés et qui ont été accordées par la juge de première instance.

[97] Comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, au par. 76) la question n'est pas de savoir quelles installations correspondraient au milieu scolaire idéal de la minorité linguistique ou à l'utopique école théorique de la minorité linguistique. La question à laquelle il faut répondre est celle de savoir si les établissements minimaux d'enseignement dans la langue de la minorité exigés par la *Charte* ont été fournis.

*Critère à appliquer pour calculer le nombre*

[98] Les parties s'entendent pour dire que les décisions de principe qui nous lient en la matière sont les arrêts *Mahe* et *Arsenault-Cameron*. Ces arrêts énoncent d'importants principes, même s'ils portent sur des sujets différents. Dans l'affaire *Mahe*, le débat ne portait pas sur la nécessité de construire de nouveaux établissements scolaires, mais sur la question de savoir si la communauté linguistique minoritaire avait droit à un conseil scolaire séparé pour gérer ces établissements. Dans l'affaire *Arsenault-Cameron*, la communauté ne disposait pas d'une école et la question était celle de savoir si le transport par autobus d'écoliers sur 28 km constituait une solution acceptable sur le plan constitutionnel. Les commentaires formulés dans ces décisions doivent être lus en fonction du contexte dans lequel ils ont été formulés.

[99] La méthode fondamentale pour aborder la question de la « justification par le nombre » a d'abord été énoncée dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 384:

Que doivent prendre en considération les tribunaux qui étudient la question de la « justification par le nombre » – la demande actuelle, la demande potentielle, ou autre chose? Les appelants font valoir que la demande existante de services francophones n'est pas un indicateur fiable parce que la demande en matière de services suit dans une certaine mesure la prestation du service lui-même. Par ailleurs, l'intimée soutient que les tribunaux ne peuvent pas simplement utiliser comme mesure le nombre total d'élèves pouvant être visés par l'art. 23, parce qu'il est très improbable que tous ces élèves se prévaudront d'un service envisagé. Ces deux arguments ont du poids; c'est pourquoi la méthode que je propose est un moyen terme entre les deux positions exprimées. À mon sens, le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagés. Il sera normalement impossible de connaître le chiffre exact, mais on peut en avoir une idée approximative en considérant les paramètres dans lesquels il doit s'inscrire – la demande connue

relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. [Souligné dans l'original.]

Il s'agit donc de trouver la « gamme » correspondant au moyen terme entre la population étudiante existante et la population étudiante potentielle. Pour calculer ce moyen terme, on tient compte du nombre de ceux qui « pourraient éventuellement se prévaloir du service », c'est-à-dire du nombre total de personnes qui seraient raisonnablement susceptibles de se prévaloir de la possibilité de s'inscrire dans un délai raisonnable. Les effectifs scolaires évoluent et les établissements scolaires peuvent croître ou diminuer. Ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Commission Scolaire Francophone du Yukon n° 23*, au paragraphe 24: « Lorsqu'elle détermine si un service ou un établissement d'enseignement donné doit être offert en vertu de l'art. 23, la cour doit estimer le nombre d'ayants droit qui pourrait éventuellement s'en prévaloir. »

[100] Le critère énoncé dans l'arrêt *Mahe* a été confirmé dans l'arrêt *Arsenault-Cameron* en des termes toutefois quelque peu différents:

32 La province a l'obligation d'assurer l'enseignement dans la langue de la minorité linguistique officielle lorsque le nombre le justifie. Comme le juge en chef Dickson l'a souligné dans *Mahe*, précité, la méthode du « critère variable » appliquée à l'art. 23 signifie que la norme numérique devra être précisée par l'examen des faits propres à chaque situation qui est soumise aux tribunaux. Le nombre pertinent est le nombre de personnes qui se prévaudront éventuellement du service, c'est-à-dire un nombre se situant approximativement entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service; voir *Mahe*, à la p. 384. Dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, le juge en chef Lamer a défini ce chiffre de la manière suivante, à la p. 850: « le nombre de personnes qui se prévaudront finalement du programme ou de l'établissement envisagés ». (Non souligné dans l'original.)

Cette reformulation du critère emploie le mot « éventuellement » de deux façons subtilement différentes. La première fois, il vise les personnes qui sont « raisonnablement susceptibles de se prévaloir » de la possibilité de s'inscrire à une école de la minorité linguistique. La seconde fois, on emploie le mot « éventuellement » dans le même sens que dans l'arrêt *Mahe*, c'est-à-dire en fonction de la frange extérieure de la gamme des éventuels élèves, c'est-à-dire ceux qui pourraient théoriquement se prévaloir de cette possibilité.

[101] Il est par ailleurs de jurisprudence constante que la norme de la « justification par le nombre » n'est pas un simple critère préliminaire. Il ne s'agit pas d'un simple critère à respecter pour déterminer s'il y a lieu d'établir une école de la minorité linguistique. La norme de la « justification par le nombre » s'applique dans tous les cas et à chaque étape pour déterminer si des installations ou des programmes précis sont « justifiés »: *Mahe*, à la p. 366. Dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, le critère a principalement été utilisé pour déterminer si la construction d'une école était justifiée. Dans le présent appel, ce critère est utilisé principalement pour

déterminer si les installations particulières réclamées par les intimés sont justifiées. Le simple fait que le « nombre » d'élèves « justifie » l'établissement de l'École Allain St-Cyr ne signifie pas que toutes les installations réclamées sont également justifiées.

[102] Les appelants soutiennent que le présent appel représente une « seconde génération » de décisions en matière d'écoles minoritaires et que le critère de l'arrêt *Mahe* ne s'applique pas. Ils affirment que l'arrêt *Mahe* est invoqué lorsque la question porte sur l'établissement d'une nouvelle école ou d'un nouveau conseil scolaire et que le critère de l'arrêt *Mahe* ne s'applique pas lorsqu'il s'agit d'agrandir une école existante. Il n'y a toutefois aucune raison de formuler un nouveau critère. Le critère de l'arrêt *Mahe* peut s'appliquer à des situations comme la présente, bien que la différence de contexte commande une analyse différente. Lorsqu'il existe déjà une école, les balises sont tout simplement un peu plus rapprochées. La « demande connue » est beaucoup plus facile à déterminer lorsqu'il existe déjà une école. De même, la « demande potentielle » devient moins théorique, parce qu'on peut tenir compte de l'école existante s'il existe des obstacles à l'inscription qui limitent les effectifs. Lorsqu'il existe déjà une école, il est possible de déterminer avec une plus grande précision les personnes qui sont raisonnablement susceptibles de se prévaloir de la possibilité de bénéficier de ce service dans un délai raisonnable.

*Le « nombre » concernant l'école de la minorité linguistique de Yellowknife*

[103] La juge de première instance a calculé la population éventuelle de l'école de la minorité linguistique en se basant sur les données statistiques du recensement de 2006 suivant lesquelles il y avait 245 enfants d'âge scolaire dont au moins un parent est un ayant droit. Elle a ensuite accepté l'avis de M. Landry suivant lequel les chiffres du recensement devaient être augmentés de 20 p. 100 parce que le recensement ne tenait pas compte des trois catégories suivantes: a) les familles monoparentales dont le parent ayant la garde était un anglophone et l'autre parent était un ayant droit visé à l'article 23; b) les personnes visées par l'alinéa 23(1)b) parce qu'elles avaient reçu leur instruction au niveau primaire en français; c) les personnes visées par le paragraphe 23(2) lorsqu'un frère ou une sœur avait fait ses études en français (motifs, aux par. 273 et 672). En ajoutant 20 p. 100, le nombre d'enfants d'âge scolaire passait à 294. Bien qu'elles dépendent en grande partie des estimations de M. Landry, ces conclusions reposent sur le dossier et ne révèlent aucune erreur justifiant notre intervention.

[104] Comme nous l'avons déjà signalé, la juge de première instance a commis une erreur lorsqu'elle a intégré dans ses calculs des personnes qui n'étaient pas titulaires de droits en vertu de l'article 23 mais que la Commission scolaire est prête à admettre (motifs, aux par. 653 et 673). Monsieur Landry a expliqué que le fait d'ajouter ces non-ayants droit ferait passer à 400 l'effectif cible, mais la juge de première instance a conclu que ce chiffre était peut-être un peu trop optimiste et l'a ramené à 350 (motifs, aux par. 673 et 674). Ce chiffre dépassait le rajustement de 20 p. 100 qui était ajouté aux chiffres du recensement pour tenir compte d'« autres facteurs ». Comme nous l'avons déjà expliqué, l'ajout de 56 élèves éventuels était fondé sur une erreur de droit (*supra*, aux par. 41 et 48).

[105] Par conséquent, suivant le dossier, le nombre potentiel d'élèves pouvant théoriquement avoir accès à l'instruction dans la langue de la minorité était de 294, ce qui correspond à l'extrémité supérieure de la gamme prévue dans l'arrêt *Mahe* des personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. Le nombre d'élèves inscrits à l'École Allain St-Cyr au moment de l'audience — ou « la demande connue » — était de 110 élèves (motifs, au par. 678), ce qui nous permet de connaître l'autre extrémité de la gamme de l'arrêt *Mahe*. Comme nous l'avons déjà signalé (*supra*, au par. 101), lorsqu'il existe déjà une école de la minorité linguistique, la gamme a tendance à être moins étendue.

[106] La juge de première instance a ensuite conclu: « Je conclus que l'ÉASC devrait avoir une capacité d'accueil de 250 élèves. » (Motifs, au par. 695.) Cette conclusion finale sur cette question clé est mal fondée, et ce, pour deux raisons. Premièrement, elle tenait compte d'un effectif cible variant entre 110 et 350 élèves, alors que les effectifs cibles auraient dû se situer plutôt entre 110 et 294. Deuxièmement, ce qui est encore plus important, le chiffre de 250 élèves est purement hypothétique. La juge de première instance n'a pas expliqué comment elle en était arrivée à ce chiffre, comment ce chiffre se justifiait par rapport aux très nombreux éléments de preuve versés au dossier ou pourquoi il y avait même lieu de fixer une cible aussi abstraite. Compte tenu des erreurs de fait déjà signalées (*supra*, aux par. 36 à 73), et de l'absence de motifs, cette conclusion commande peu de déférence: *Merck Frosst*, au par. 54.

[107] La capacité cible de 250 élèves est intrinsèquement déraisonnable. Le nombre d'élèves inscrits était de 110, de sorte que la capacité cible de 250 représenterait une augmentation de 140 élèves (127 p. 100 par rapport au nombre d'élèves inscrits actuels). Même si l'on soustrait les 56 non-ayants droit éventuels de la capacité cible de 250, portant ainsi la capacité à 194 élèves, la juge de première instance envisage tout de même dans ses motifs une augmentation de 74 élèves (67 p. 100). Rien dans le dossier ne permet d'appuyer la conclusion qu'il existe des ayants droit qui attendent d'être admis à l'École Allain St-Cyr et il est déraisonnable de conclure qu'il y a effectivement encore 140 ou même 174 élèves qui sont prêts, disposés et aptes à se prévaloir de la possibilité d'être admis dans une école plus grande dans un avenir raisonnablement prévisible. La preuve ne révèle pas l'existence d'une « demande connue » ou d'une « demande potentielle » à laquelle il ne serait pas satisfait. La juge de première instance a essentiellement ordonné aux appelants de démontrer une « capacité » qui sera et demeurera sous-utilisée dans un avenir prévisible. La *Charte* n'oblige pas le gouvernement à construire des écoles vides.

[108] La conclusion suivant laquelle l'École Allain St-Cyr devrait être construite pour accommoder 250 élèves comporte une autre lacune: elle n'établit aucune distinction entre les élèves du primaire et ceux du secondaire. Quelle capacité était envisagée pour chaque niveau? À quel niveau les inscriptions supplémentaires prévues étaient-elles censées se produire? Bien que le nombre total d'élèves inscrits s'élevât à 110, seulement neuf d'entre eux étaient inscrits au niveau secondaire: quatre élèves en 10<sup>e</sup> année, quatre élèves en 11<sup>e</sup> année et un élève en 12<sup>e</sup> année (motifs, au par. 706). On pourrait à juste titre affirmer que ces chiffres ne « justifient » même pas un programme du secondaire. Les appelants ne contestent pas l'existence du niveau

secondaire, mais la question se pose de façon différente si le programme est imposé par la Constitution ou s'il est simplement offert dans l'intérêt public. Dans ce dernier cas, il n'est pas loisible aux tribunaux d'ordonner la fourniture d'installations complémentaires ou meilleures en vertu de l'article 23. Ainsi que la Cour l'a déclaré dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 365, il est toujours loisible au gouvernement d'offrir davantage que l'enseignement minimal dans la langue de la minorité exigée par la *Charte* et les gouvernements devraient être encouragés à le faire. On ferait plus de tort que de bien en jugeant que le gouvernement qui suit cette invitation sera ensuite forcé de fournir encore d'autres installations.

[109] Même si le choix de la capacité cible de 250 élèves n'était pas étayé et était entaché d'erreurs, est-il par ailleurs appuyé par le dossier? Il existe une preuve abondante à ce sujet. La juge de première instance a estimé qu'une grande partie de la preuve était fiable même si elle ne l'a pas analysée avant de tirer sa conclusion finale.

[110] Le dossier révèle l'effet suivant au sujet de l'École Allain St-Cyr :

- a) le ratio professeurs-élèves de l'ÉASC est plus élevé que celui des autres écoles des Territoires du Nord-Ouest (motifs, au par. 458);
- b) selon les normes gouvernementales, l'École Allain St-Cyr a une capacité de 160 élèves (motifs, aux par. 31 et 643) et, compte tenu du fait que 110 élèves la fréquentent actuellement, elle fonctionne à 69 p. 100 de sa capacité;
- c) le taux d'occupation de l'ÉASC est inférieur à celui de plusieurs écoles de Yellowknife (motifs, au par. 459);
- d) la performance académique des élèves est supérieure à la moyenne et la proportion des élèves de l'ÉASC qui fonctionnent au niveau qui correspond à leur âge est plus élevée que celle des autres écoles de Yellowknife (motifs, aux par. 477 et 707);
- e) aucun élément de preuve n'a été présenté pour démontrer qu'un élève visé par l'article 23 s'est déjà vu refuser l'admission à l'ÉASC – il n'y a pas de problème de capacité brute tout au plus un problème d'égalité en ce qui concerne certaines installations précises;
- f) aucun élève actuel, ancien ou éventuel n'a témoigné qu'il n'avait pas fréquenté l'École Allain St-Cyr en raison de l'état des lieux;
- g) l'état des lieux n'est pas la principale raison pour laquelle l'école a de la difficulté à retenir les élèves, surtout au niveau secondaire (motifs, au par. 626). Ce n'est qu'un des facteurs, parmi plusieurs autres, d'un phénomène complexe (motifs, aux par. 627 et 628);
- h) le financement par personne est le plus élevé dans les Territoires du Nord-Ouest: 23 400 \$ comparativement à 17 400 \$.

Bon nombre de ces faits ne sont pas étonnants dans le cas des écoles de la minorité linguistique qui, bien souvent, ne disposent pas des économies d'échelle des établissements scolaires de la majorité linguistique. Les faits ne permettent toutefois pas de conclure de façon raisonnable qu'il existe un nombre important des titulaires des droits garantis par l'article 23 qui attendent dans les coulisses pour faire augmenter le nombre actuel d'élèves inscrits de 110 à la capacité exigée de 250. Il n'y a aucun obstacle à leur admission et la juge de première instance n'a offert aucune explication pour justifier sa conclusion.

[111] Il y a également la possibilité que certains élèves éventuels soient dissuadés de fréquenter l'école en raison de la qualité et de la quantité des installations. C'est un problème récurrent, lorsqu'on applique le critère de l'arrêt *Mahe*, d'essayer de déterminer si l'insuffisance de la demande est imputable à la qualité des installations. Comme nous l'avons déjà fait observer, le critère de l'arrêt *Mahe* permet effectivement aux intimés de faire valoir que, si l'on construit les infrastructures, les élèves suivront. Toutefois, plusieurs facteurs « [p]euvent entrer en jeu [...] qui n'ont rien à voir avec la qualité comparative des services offerts [...] dans chacune des langues officielles » et peuvent expliquer la raison pour laquelle les titulaires de droits garantis par l'article 23 ne fréquentent pas les écoles qui leur sont destinées: *Desrochers c Canada (Industrie)*, 2009 CSC 8, au par. 62, [2009] 1 RCS 194. Le dossier révèle les éléments de preuve suivants à ce sujet:

- a) Sur la question ultime, celle de savoir si la qualité des installations était le principal facteur qui expliquait la faible rétention des élèves au niveau secondaire à l'École Allain St-Cyr, la juge de première instance a conclu comme suit dans les termes les plus nets: « [...] [S]ur la base des éléments de preuve que j'ai déclarés recevables, ce fait n'a pas été établi. » (Motifs, au par. 626.)
- b) Sur le plan conceptuel, meilleures sont ces installations, plus facilement une école de la minorité linguistique sera en mesure de rivaliser avec les autres écoles au sein de la communauté (motifs, au par. 260, 275 et 276, 627 et 628).
- c) Il existe un nombre très élevé de familles exogames (c.-à-d. composées d'un parent de chacune des communautés linguistiques majoritaires et minoritaires) à Yellowknife (motifs, au par. 262) et, dans de telles familles, il y a souvent une tendance à transmettre la langue dominante au détriment de la langue minoritaire (motifs, au par. 254).
- d) Environ 90 p. 100 des enfants d'âge scolaire dont un des parents était un ayant droit sont nés de parents exogames. Dans les Territoires du Nord-Ouest, la transmission du français comme langue maternelle était de 100 p. 100 lorsque les deux parents avaient le français comme langue maternelle, mais seulement de 29 p. 100 si seulement un des deux parents était francophone.
- e) Le taux d'inscriptions à l'École Allain St-Cyr par rapport au nombre d'élèves admissibles est comparable à la moyenne nationale et est plus élevé que la moyenne

nationale si on tient compte du taux d'exogamie très élevé à Yellowknife (motifs, au par. 279). Les statistiques indiquent qu'entre 50 et 55 p. 100 des élèves admissibles visés par l'article 23 pourraient s'inscrire. Il y avait 294 élèves potentiels et la juge de première instance a ordonné que l'école soit en mesure d'accueillir 250 élèves, ce qui suppose un taux de fréquentation de 85 p. 100. Il n'y a aucun élément de preuve au dossier et aucune explication dans les motifs pour appuyer cette hypothèse. La conclusion (motifs, au par. 626) que les infrastructures insuffisantes n'expliquent pas le problème de rétention rend intenable toute conclusion qu'un taux de fréquentation plus élevé s'ensuivrait si de nouvelles installations étaient construites.

f) Monsieur Landry (dont la juge de première instance a accepté l'opinion) a calculé à 50,4 p. 100 à Yellowknife et à 42 p. 100 dans les Territoires du Nord-Ouest le taux de continuité linguistique. Ce taux correspond au nombre de personnes qui parlent une langue à la maison par rapport au nombre de répondants qui déclarent que la langue en question est leur langue maternelle (motifs, au par. 262). Monsieur Landry s'est dit d'avis que si une langue n'est pas parlée au foyer, il y a peu de chances que cette langue soit transmise à la prochaine génération et qu'il est peu probable que les enfants fréquentent des établissements francophones. Il a conclu que l'élément clé, pour faciliter le recrutement, était une plus grande sensibilisation des familles exogènes à l'importance de l'instruction dans la langue de la minorité (motifs, au par. 263).

g) Il y a beaucoup de mouvement dans la population à Yellowknife (motifs, au par. 278) et le taux de rétention n'est pas nécessairement lié à la piètre qualité des infrastructures. Bien que certains élèves quittent effectivement pour des écoles de la majorité linguistique, un des enseignants qui a témoigné (M. Deschênes) a expliqué que la plupart d'entre eux n'étaient pas revenus dans une école francophone simplement parce qu'ils avaient quitté Yellowknife (motifs, au par. 123). Un autre enseignant, M. Gravel, a expliqué que les inscriptions au niveau secondaire s'étaient stabilisées depuis 2008 (motifs, au par. 143), mais que la rétention était liée à la qualité des installations (motifs, au par. 146). Les intimés, sur qui reposait la charge de la preuve, n'ont présenté aucun élément de preuve admissible pour expliquer pourquoi certains élèves ou groupes d'élèves n'étaient pas demeurés à l'École Allain St-Cyr (motifs, au par. 359 à 366).

Il incombait aux intimés de démontrer que le nombre de titulaires des droits garantis par l'article 23 justifiait le prononcé d'une ordonnance forçant les appelants à construire d'autres installations. Il y a actuellement 110 élèves inscrits dans une école dont la capacité est de 160 élèves. Les éléments de preuve versés au dossier et les conclusions de fait tirées par la juge de première instance ne permettent pas raisonnablement de conclure qu'une capacité supérieure à la capacité de 160 actuelle est justifiée aujourd'hui.

[112] La présente espèce se distingue nettement de l'affaire *L'Association des parents de l'école Rose-des-vents c Conseil scolaire francophone de la Colombie-Britannique*, 2012 BCSC 1614, aux par. 46 et 66, 39 BCLR (5th) 144, infirmé par 2013 BCCA 407, 49 BCLR

(5th) 246 (affaire dans laquelle l'école fonctionnait à environ 150 p. 100 de sa capacité), et de l'affaire *Conseil Scolaire Fransaskois c Saskatchewan*, 2013 SKQB 211, au par. 58, 422 Sask R 26 (affaire dans laquelle école fonctionnait à 130 p. 100 de sa capacité et où des ayants droit se voyaient refuser l'accès).

[113] Il convient à ce moment-ci de faire une pause et de rappeler la norme de contrôle applicable. Or, il n'appartient pas aux juridictions d'appel d'examiner la preuve en détail ou de tirer des conclusions de fait. Il est nécessaire de le faire en l'espèce pour plusieurs raisons. Premièrement, la conclusion suivant laquelle la population cible théorique était de 350 élèves est entachée d'erreurs de droit et de principe. Deuxièmement, le processus de recherche des faits était vicié à plusieurs égards essentiels (*supra*, par. 36 à 73). Troisièmement, la juge de première instance a elle-même conclu que la qualité des installations n'était pas le principal facteur expliquant la faible rétention au niveau secondaire. Quatrièmement, la conclusion suivant laquelle l'école aurait une capacité de 250 élèves était purement conjecturale et ne reposait pas sur la preuve versée au dossier. Bien que la juge de première instance ait résumé ou énoncé tous les éléments de preuve, elle n'en a pas exposé la valeur en vue de tirer des conclusions de fait; résumer la preuve n'équivaut pas à tirer des conclusions de fait. Dans ces conditions, le contrôle en appel est inévitable.

[114] Pour résumer, 110 élèves fréquentent actuellement l'école. La capacité actuelle de l'école est de 160 élèves, compte tenu d'une marque de croissance de plus de 25 p. 100. Il n'y a pas de problème de capacité brute. Rien dans la preuve ne permet de penser qu'il existe actuellement une demande potentielle non satisfaite ou qu'il y en aura une dans un avenir prévisible. Suivant le dossier, rien ne justifie de fixer une « capacité » artificielle (160, 250 ou autre) pour ordonner ensuite au gouvernement de construire une école en fonction de cette norme abstraite. Ce dont nous avons besoin en l'espèce, c'est d'examiner les installations précises qui manqueraient et d'ordonner ensuite de fournir ces installations indépendamment de toute « capacité » abstraite.

Une ordonnance de construction d'autres installations est-elle « justifiée »?

[115] La juge de première instance a rejeté la méthode préconisée par les deux parties pour déterminer si d'autres salles spécialisées étaient « justifiées » dans les circonstances. Voici comment elle résume la position des intimés à ce sujet (motifs, au par. 603) :

Les Demandeurs affirment que l'article 23 crée pour les Défendeurs une obligation de construire un agrandissement à l'ÉASC qui créerait une aile secondaire distincte et offrirait toutes les salles spécialisées et les équipements qui existent dans les écoles anglophones de Yellowknife, notamment les deux grosses écoles secondaires, sans égard aux différences dans les nombres et sans égard aux coûts que ces travaux d'agrandissement engendreraient.

Ainsi que la juge de première instance l'a fait observer, cette approche ignore le principe du critère variable ainsi que le libellé de l'alinéa 23(3)b) (motifs, aux par. 606 et 635).

[116] En revanche, les appelants ont par le passé appliqué une méthode fondée sur une « formule ». Les écoles avaient droit à des installations en fonction des inscriptions. Par exemple, une école comptant des effectifs de 150 élèves avait droit, suivant les politiques établies, à un gymnase de 500 m<sup>2</sup>. Ainsi que la juge de première instance l'a souligné (motifs, aux par. 614 et 615), cette méthode défavorise systématiquement les écoles de la minorité linguistique qui n'auront jamais les économies d'échelle des établissements scolaires de la majorité linguistique.

[117] Le partage d'espace d'école est assez courant dans les Territoires du Nord-Ouest (motifs, au par. 423). Lorsqu'une école n'a pas droit à des installations distinctes selon les formules applicables, la solution qui a été retenue a été de donner accès à ces installations dans d'autres écoles ou dans des bâtiments communautaires. La juge de première instance a rejeté cette méthode dans le cas des écoles de la minorité linguistique principalement parce qu'elle provoque « l'érosion de l'homogénéité linguistique de l'environnement scolaire » (motifs, au par. 623). La juge de première instance a accepté l'avis des experts suivant lesquels il était d'une importance vitale pour les écoles de la minorité linguistique d'avoir leurs « propres lieux physiques distincts ».

#### *Partage des espaces*

[118] Le partage des installations dans les établissements scolaires de la majorité linguistique constitue-t-il une solution acceptable sur le plan constitutionnel?

[119] La juge de première instance a rejeté l'argument des intimés suivant lequel les écoles de la minorité linguistique ont le droit à chacune des installations se trouvant dans des établissements scolaires de la majorité linguistique. La juge de première instance a toutefois poursuivi en rejetant vraisemblablement le partage des espaces des établissements scolaires de la majorité linguistique comme solution constitutionnellement acceptable. La recherche de l'homogénéité linguistique du milieu scolaire est à ses yeux le facteur qui doit l'emporter sur tous les autres. Par exemple, en ce qui concerne les locaux spécialisés, elle explique que « [...] l'école doit av[oir] un certain nombre d'installations qui lui sont propres, pour ne pas éroder indûment l'homogénéité linguistique de son programme scolaire » (motifs, au par. 729). Bien que ce facteur soit important, il ne saurait l'emporter sur tous les autres pour déterminer si des installations distinctes sont justifiées « sur les fonds publics ». La trop grande importance accordée à l'homogénéité constitue une erreur de principe.

[120] La juge de première instance a fait observer, à juste titre, que l'alinéa 23(3)*b*) ne donnait pas à l'école de la minorité linguistique le droit à chacune des installations des établissements scolaires de la majorité linguistique. Toutefois, dès lors que l'on fait abstraction du partage des installations, la seule solution de rechange qu'il reste consiste à fournir aux écoles de la minorité linguistique toutes les installations que l'on retrouve dans les établissements scolaires de la majorité linguistique. Si le partage des installations n'est pas possible, la construction de bâtiments distincts est inévitable. Ce raisonnement circulaire esquive complètement l'analyse du critère variable et dépouille de son sens l'exigence suivant laquelle le nombre doit justifier la construction des établissements d'enseignement « sur les fonds publics ».

[121] Le libellé du paragraphe 23(3) ne confère manifestement pas un droit absolu à des établissements d'enseignement de la minorité linguistique ou à des installations distinctes. Cette disposition prévoit le droit de « faire instruire » dans la langue de la minorité « lorsque le nombre le justifie ». Ce droit « comprend, lorsque le nombre de ces enfants le justifie, le droit de les faire instruire dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés sur les fonds publics ». Ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 366, on envisage ainsi un critère variable lorsque des installations distinctes ne seront exigées par la Constitution que lorsque la communauté est suffisamment importante pour les justifier.

[122] Les intimés semblent adopter le point de vue suivant lequel le partage d'espaces avec les établissements scolaires de la majorité linguistique est inacceptable sur le plan constitutionnel. Cette interprétation de l'article 23 ne saurait être acceptable. Elle signifierait que les écoles de la minorité linguistique ont droit à la construction d'établissements scolaires distincts et à tous les espaces spécialisés de quelque type que ce soit que l'on retrouve dans les établissements scolaires de la majorité linguistique à défaut de quoi les écoles de la minorité linguistique auraient simplement à « se passer » de ces espaces. Les rédacteurs de la *Charte* ne peuvent avoir eu cette intention, qui contredit le libellé de l'alinéa 23(3)b) ainsi que le critère de l'échelle variable.

[123] La juge de première instance table fortement sur le fait qu'il est très souhaitable qu'il y ait des établissements distincts pour la minorité linguistique, que ces établissements contribueraient à promouvoir l'homogénéité linguistique du milieu scolaire; ce qui, à son tour, contribuerait à l'atteinte de l'objectif sous-jacent de l'article 23, en l'occurrence freiner l'assimilation de la population de la langue minoritaire. Ces considérations semblent s'imposer de soi, mais elles devaient également être évidentes pour les rédacteurs de la *Charte*. Comme nous l'avons déjà fait observer, l'article 23 est le fruit d'un compromis. Il aurait pu prévoir que la communauté linguistique minoritaire a toujours droit à des établissements distincts. Il aurait pu prévoir qu'il n'y a jamais de droit constitutionnel à des établissements distincts, mais seulement un droit à l'instruction dans la langue de la minorité. En réalité, l'article 23 ne confère ni un droit ni l'autre, mais prévoit que des établissements distincts sont une possibilité sur le plan constitutionnel, mais uniquement lorsque « le nombre le justifie »: *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 RCS 839, aux p. 855 et 856.

[124] En réalité, l'École Allain St-Cyr est située juste à côté d'une école anglophone, l'école William McDonald (motifs, au par. 588). (Pour parler métaphoriquement, une personne pourrait passer la tête par la fenêtre d'une de ces écoles et serrer la main à une personne qui en ferait autant de la fenêtre de l'autre école.) Il y a actuellement 121 élèves inscrits à cette école qui a une capacité de 484 élèves ce qui signifie qu'elle fonctionne à 25 p. 100 de sa capacité. Le gouvernement a le droit d'utiliser efficacement les ressources publiques pour s'acquitter des obligations que lui impose l'article 23. À première vue, il n'y a aucune raison pour laquelle l'école de la minorité linguistique ne devrait pas pouvoir avoir accès aux installations de l'école voisine de la majorité linguistique (motifs, au par. 588).

[125] Les intimés font observer que le fait de devoir partager des locaux avec l'école anglophone nuira à l'expérience d'enseignement dans la langue de la minorité. Le fait d'avoir une école autonome où l'on ne parle que le français serait évidemment un atout précieux, mais l'alinéa 23(3)b) ne contient aucune garantie en ce sens. Il faut être réaliste. Le fait de partager des espaces avec l'école anglophone voisine suppose qu'on conduit les enfants à l'école située à quelques pas de la leur et qu'on les amène jusqu'à une salle de classe où on leur enseignera en français. Il est difficile de croire que le fait de circuler dans le corridor d'une école anglophone nuira de façon importante à l'enseignement dans la langue de la minorité. Au besoin, l'horaire des cours pourrait être planifié de façon à ce que les élèves francophones circulent dans les corridors alors que les élèves anglophones se trouvent dans les salles de classe.

[126] Les intimés font observer par ailleurs que les salles de classe des écoles de la langue de la majorité ont des affiches en anglais et du matériel pédagogique en anglais sur les murs. Ce n'est pas là non plus un problème insoluble. Une solution équitable en matière de partage pourrait prévoir un accès égal au mur ou encore des écrans qui pourraient être déroulés dans une langue ou dans l'autre. Le fait est qu'il n'appartient pas aux tribunaux de tenter de résoudre des questions détaillées comme celles-ci. Il incombe d'abord et avant tout au gouvernement de s'acquitter des obligations que lui impose l'article 23 et c'est à lui qu'il appartient en premier lieu de proposer des solutions acceptables sur le plan constitutionnel. Les problèmes de logistique, bien que réels, ne devraient pas être invoqués pour écarter d'emblée l'option consistant à partager des installations.

[127] Les intimés soutiennent que les élèves de la langue de la minorité et que la communauté en général ont besoin d'un « lieu distinct ». Il s'agit là d'un argument légitime dans le cadre de l'analyse globale du critère variable, mais la *Charte* ne prévoit pas un droit aussi absolu. En tout état de cause, les intimés ont un lieu distinct, en l'occurrence leur propre école. On ne leur offre pas un programme d'immersion et on ne s'attend pas non plus à ce qu'ils exercent leurs activités dans un des pavillons d'une école de la communauté linguistique majoritaire. Le fait que, pour certains aspects spécialisés et accessoires, ils soient appelés à partager des espaces n'est qu'un des compromis qui doit être fait lorsqu'on utilise le critère variable. L'importance d'un lieu distinct ne signifie pas que chaque lieu doit être distinct. Ainsi, l'école principale est distincte, mais la salle consacrée aux arts ménagers peut être partagée. Il est difficile de croire qu'un élève de la langue minoritaire qui reçoit l'essentiel de son instruction de base dans un établissement distinct de la langue minoritaire soit exposé à un véritable risque d'assimilation parce qu'il doit assister à un cours d'arts ménagers (dispensé dans la langue de la minorité) qui est utilisée (alors qu'ils ne sont même pas là) par des élèves de la langue majoritaire.

[128] Les intimés ont une autre raison de s'opposer à utiliser les installations d'autres établissements scolaires. Ils soutiennent que les arrangements qui ont été tentés dans le passé en matière de partage et d'horaire ont été insatisfaisants. Ils soutiennent que l'école de la minorité linguistique vient toujours « au second rang » lorsqu'il s'agit d'établir les horaires, qu'ils doivent négocier des ententes de partage chaque année et que les temps alloués sont modifiés sans leur consentement. Par exemple, relativement au partage du gymnase, la juge de première instance a

conclu que le partage des espaces n'avait pas fonctionné dans le passé (motifs, au par. 711, 712 et 718). Toutefois, la solution ne consiste pas nécessairement à construire de nouvelles écoles. Ces problèmes de logistique se sont produits au niveau des directeurs d'école, des écoles et des conseils scolaires (motifs, aux par. 183, 209, 424, 432 et 433). Ce sont toutefois les appelants sur qui reposent les obligations constitutionnelles en vertu de l'article 23. Maintenant que la Cour a conclu que les anciennes ententes de partage sont inacceptables sur le plan constitutionnel, les appelants devraient se voir accorder la possibilité d'offrir un accès convenable à des espaces acceptables ou, à défaut, de construire de nouvelles installations.

[129] Par exemple, dès lors qu'on a déterminé que « le nombre justifie » d'accorder l'accès à des installations, mais non à des installations distinctes, la réparation pourrait consister à obliger les appelants à prendre en charge le partage des établissements d'enseignement excédentaires au moyen notamment d'un protocole d'entente en prévoyant par exemple :

- a) de réserver des espaces pour une longue période comme cinq ou 10 ans;
- b) que l'école de la minorité linguistique ait des droits précis aux espaces en question qui ne peuvent être annulés ou faire l'objet d'un changement d'horaire sans son consentement;
- c) que l'école de la minorité linguistique se voit accorder des temps d'utilisation fixes et non des assurances générales que les espaces seront mis à sa disposition lorsqu'ils sont disponibles;
- d) que l'école de la minorité linguistique ait une possibilité égale de choisir les temps les plus favorables et non se contenter de « ce qui reste »

Il ne s'agit que de simples exemples parce que, comme l'arrêt *Mahe* le signale, à la p. 393, l'État doit se voir accorder la plus grande souplesse pour décider de la façon de se conformer à ses obligations constitutionnelles. L'ordonnance de construction de nouvelles installations était prématurée. Si, après le prononcé de la présente décision, les appelants ne s'acquittent pas de leurs obligations constitutionnelles d'une façon satisfaisante à court terme, le tribunal de première instance peut de nouveau intervenir.

### *Résumé*

[130] L'article 23 exige seulement de fournir des installations distinctes là où le nombre le justifie selon le critère variable énoncé dans l'arrêt *Mahe*. La *Charte* ne garantit pas des écoles ou des installations de la minorité linguistique autonome, sauf si « le nombre le justifie ». Bien que le partage d'espaces avec les établissements scolaires de la majorité linguistique ne soit pas la solution idéale, il ne s'ensuit pas pour autant que les intimés ont un droit constitutionnel à des établissements complètement autonomes. À Yellowknife, les appelants ont fourni une école francophone autonome devant servir de point d'ancrage au programme d'enseignement dans la langue de la minorité. Il n'est pas en soi inacceptable sur le plan constitutionnel d'offrir certains

services accessoires dans des établissements scolaires voisins. Il ne s'ensuit pas pour autant que le partage d'établissements voisins constitue en soi une solution acceptable. Chaque cas est un cas d'espèce, compte tenu de tous les éléments de l'analyse du critère variable: le nombre d'élèves, le coût engendré par la fourniture d'installations distinctes, l'aspect pratique du partage des installations, les besoins pédagogiques des élèves, l'homogénéité du programme, etc.

[131] La juge de première instance a toutefois commis une erreur de principe en écartant vraisemblablement le partage d'installations comme une des options possibles et en insistant trop sur l'importance d'avoir des établissements distincts et en laissant ce facteur dominer toute son analyse du critère variable. L'alinéa 23(3)*b* ne garantit pas des établissements distincts.

#### Les espaces spécialisés

[132] En plus d'ordonner l'agrandissement de l'École Allain St-Cyr en fonction d'une capacité abstraite de 250 élèves, la juge de première instance a également ordonné la fourniture de certains espaces spécialisés. Comme nous l'avons déjà signalé, il ne convient pas d'agrandir l'école en fonction d'une capacité cible abstraite alors que l'école ne fonctionne qu'à 69 p. 100 de sa capacité actuelle. La question fondamentale est celle de savoir si les intimés ont démontré qu'ils avaient un droit constitutionnel à certains espaces spécialisés. Il incombait aux intimés de démontrer que les nouvelles installations justifiaient la dépense. Dans la mesure où les nouvelles installations étaient justifiées en raison de la nécessité de conserver la viabilité de l'école, la juge de première instance a conclu que « [...] sur la base des éléments de preuve que j'ai déclarés recevables, ce fait [le lien entre la rétention d'élèves et les installations] n'a pas été établi » (motifs, au par. 626). Cette conclusion est appuyée par le dossier, parce qu'aucun élève ou parent n'ont affirmé lors de leur témoignage qu'ils avaient quitté l'école ou refusé de s'inscrire en raison de l'état des installations.

#### *Égalité réelle et écoles de comparaison*

[133] Comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, aux par. 70 à 73), la juge de première instance a choisi les écoles secondaires anglophones locales comme comparateurs appropriés, et ce, même si le programme d'études secondaires de l'École Allain St-Cyr ne correspond qu'à 4 p. 100 de la taille de celui de l'École Sir John Franklin et à 5,3 p. 100 de la taille de celui de l'École St. Patrick. La juge de première instance a conclu (motifs, au par. 580) que le choix des écoles de comparaison était « fondamental, car de bien des façons, tout le reste de l'analyse en dépend ». La juge a accordé une importance exagérée aux écoles de comparaison.

[134] Ainsi qu'il a été souligné dans l'arrêt *Mahe*, le critère de la « justification par le nombre » prévu à l'article 23 crée un critère variable. Lorsque le nombre d'ayants droit est peu élevé, seule l'instruction de la langue de la minorité est exigée. Au fur et à mesure que le nombre d'ayants droit augmente, plus les possibilités de recevoir de l'enseignement augmentent et plus le nombre justifie l'aménagement d'espaces distincts. Ainsi que la Cour l'a expliqué dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 366:

[...] L'idée de critère variable signifie simplement que l'art. 23 garantit le type et le niveau de droits et de services qui sont appropriés pour assurer l'instruction dans la langue de la minorité au nombre d'élèves en question.

L'arrêt *Arsenault-Cameron* a confirmé, au par. 31, que l'article 23 n'assure pas seulement une égalité formelle, mais bien une égalité réelle. Or, le concept de l'« égalité réelle » ne signifie pas que l'école de la minorité linguistique a droit aux mêmes installations que l'école de la majorité linguistique, mais uniquement que les installations en question seront offertes si « le nombre le justifie ». Selon le critère variable énoncé dans l'arrêt *Mahe*, plus le nombre est élevé, plus les installations seront justifiées. L'alinéa 23(3)b) « comprend [...] des établissements d'enseignement dans la langue de la minorité linguistique » uniquement lorsque le nombre le justifie. Il découle de l'arrêt *Mahe* que le critère variable doit être appliqué séparément à chaque installation distincte pour déterminer l'« ampleur des installations » justifiées par le nombre. L'article 23 ne prévoit pas que, dès lors qu'une installation est justifiée, toutes les installations sont justifiées.

[135] En accordant une importance exagérée aux installations disponibles dans les écoles de comparaison qu'elle avait choisies, la juge de première instance a débordé le cadre du critère variable énoncé dans l'arrêt *Mahe* et l'exigence que le nombre « justifie » les espaces supplémentaires réclamés. Par exemple, il ne suffit pas d'expliquer que, comme les écoles de comparaison disposaient de laboratoires de science, il serait souhaitable que les écoles de la minorité linguistique disposent également de ces installations, et que c'est ce que l'article 23 exigeait. La juge de première instance devait également analyser si le nombre « justifiait » que ces installations soient « fournies sur les fonds publics ». La juge de première instance n'a pas effectué cette analyse. En fait, ses motifs sont essentiellement dépourvus de quelque analyse que ce soit au sujet du coût des installations dont elle a ordonné la construction. Elle s'est contentée d'admettre que les coûts de construction seraient « considérables » (motifs, au par. 722), que les Territoires du Nord-Ouest avaient des besoins en infrastructure considérables, mais n'avaient pas des ressources illimitées (motifs, aux par. 747 à 751), mais que les appelants pouvaient « faire des emprunts » en fonction de leurs besoins (motifs, au par. 749). (Suivant la preuve versée au dossier, le gymnase coûterait à lui seul au moins dix millions de dollars.)

[136] Il y a peu de situations dans lesquelles un gouvernement pourrait affirmer qu'il ne serait pas en mesure de respecter ses droits constitutionnels en raison des frais trop élevés qu'il lui en coûterait, et voir cet argument retenu. Un tel argument serait difficile à soutenir dans le cadre d'une analyse fondée sur l'article premier. Il n'en va toutefois pas de même dans le cas des droits prévus au paragraphe 23(3), qui se limitent expressément aux situations où le nombre est « suffisant pour justifier à leur endroit la prestation, sur les fonds publics de l'instruction dans la langue de la minorité ». Dans chaque cas, il convient de faire une analyse coûts-avantages. Ainsi que la Cour suprême l'a fait observer dans l'arrêt *Mahe*, à la p. 385:

[...] L'article 23 [...] accorde plutôt un droit dont l'exercice est assujéti à des contraintes pécuniaires, car il n'est financièrement pas possible d'accorder à

chaque groupe d'élèves appartenant à la minorité linguistique, si petit soit-il, les mêmes services que ceux donnés à un groupe important d'élèves visés par l'art. 23 [...]

Dans les motifs faisant l'objet du présent appel, la juge de première instance, après avoir vérifié le « nombre », a immédiatement ordonné la construction de certaines installations sans analyser les coûts qu'entraînerait la construction de nouvelles installations et, partant, sans déterminer si leur construction était « justifiée, sur les fonds publics ». Bien que l'arrêt *Mahe* confirme que les considérations d'ordre pédagogique ont « plus de poids » que les considérations financières, on ne peut tout simplement pas ignorer ces dernières. Comme nous l'avons déjà fait observer, la juge de première instance a minimisé de façon déraisonnable la solution consistant à partager les installations.

### *Le gymnase*

[137] L'argument le plus convaincant présenté par les intimés est que l'École Allain St-Cyr devrait posséder son propre gymnase. La preuve révèle ce qui suit :

- a) L'École Allain St-Cyr n'a pas de gymnase et, comme les arrangements antérieurement négociés pour partager le gymnase s'étaient avérés insatisfaisants, les élèves utilisaient le Multiplex municipal. Cette solution était insatisfaisante en raison du temps de déplacement et des difficultés d'horaire et des problèmes d'équipement et d'entreposage (motifs, aux par. 102 à 113).
- b) Suivant les normes du ministère de l'Éducation, une école qui accueille 150 élèves a droit à un gymnase (motifs, au par. 456). Comme elle compte 110 élèves, l'École Allain St-Cyr ne répond pas à cette exigence. La juge de première instance a conclu que, comme elle avait ordonné une école d'une capacité de 250 élèves, l'école répondait déjà à cette condition (motifs, au par. 722). Toutefois, les normes du ministère sont fondées sur les inscriptions et non sur la capacité et, comme nous l'avons déjà expliqué (*supra*, aux par. 102 à 113), la capacité de 250 élèves est fondée sur une erreur d'analyse. La conclusion suivant laquelle l'École Allain St-Cyr répond aux normes selon cette formule est entachée d'une erreur manifeste et dominante.
- c) Presque toutes les écoles des Territoires du Nord-Ouest possèdent leur propre gymnase ou (dans le cas des écoles se trouvant dans des petites communautés) alors elles sont construites à proximité d'installations communautaires (motifs, au par. 464). Il semble que les difficultés éprouvées par l'École Allain St-Cyr pour utiliser un gymnase communautaire n'aient pas été vécues par les autres écoles en question.
- d) Les coûts de construction d'un nouveau gymnase pour l'École Allain St-Cyr se chiffrent à environ dix millions de dollars.

La juge de première instance a conclu que l'accès actuel au gymnase ne satisfaisait pas aux normes minimales exigées par l'article 23 (motifs, au par. 725).

[138] Bien que la juge de première instance ait souligné que « les coûts de construction d'un gymnase sont considérables », elle n'a pas fourni d'analyse détaillée du critère variable. Dans ces motifs, elle tient à tort pour acquis que l'École Allain St-Cyr a déjà droit à un gymnase selon les normes du Ministère (motifs, au par. 722). La principale raison pour laquelle la juge de première instance a toutefois ordonné la construction du gymnase avait trait aux conséquences que le gymnase aurait sur l'expérience en matière d'enseignement dans la langue de la minorité. Il ne s'agissait pas d'une question de chiffres bruts, mais d'égalité réelle.

[139] La juge de première instance a fait observer que le gymnase ne sert pas uniquement à des cours d'éducation physique:

720. Un gymnase, contrairement à d'autres espaces spécialisés, est utilisé par tous les élèves de l'école. Il est utilisé tous les jours, en plus de servir aux activités après les heures d'écoles. Parce que l'ÉASC n'a pas son propre gymnase, elle ne dispose d'un espace homogène distinct pour aucune de ces activités. Cela crée une érosion importante de l'homogénéité linguistique de l'école, et nuit considérablement à sa mission en tant qu'école minoritaire. À mon avis, ce degré d'érosion est énorme, et inacceptable, si les élèves de la minorité ont, tous les jours ou presque, à sortir de l'environnement de l'école pour utiliser des espaces d'une école ou autre institution où la langue usuelle est celle de la majorité. Le Dr. Landry a parlé de l'importance de ces espaces distincts, et j'accepte son opinion à ce sujet, surtout qu'elle s'accorde avec la jurisprudence en matière de droits linguistiques scolaires.

721. D'autre part, un gymnase est utilisé par une école pour beaucoup plus que les cours d'éducation physique et les activités sportives parascolaires. Il sert aussi de lieu de rassemblement, pour les assemblées de parents, les spectacles, et une foule d'activités qui font partie de la vie normale de toute école. À l'heure actuelle, la rotonde est le seul lieu qui peut servir pour les rassemblements de l'école, et j'accepte les témoignages à l'effet que [*sic*] son espace est nettement insuffisant, par exemple, pour tenir une réunion avec les parents, une assemblée scolaire, un spectacle, ou un évènement pour faire une levée de fonds. Pour les activités organisées par l'école qui requièrent plus d'espace, l'ÉASC est contrainte d'utiliser des espaces à l'extérieur de l'école.

Compte tenu des chiffres actuels et des autres facteurs financiers et pédagogiques pertinents, la question de savoir si les intimés ont démontré qu'ils avaient droit en vertu de la Constitution à un gymnase pourrait être tranchée dans un sens comme dans l'autre.

[140] Le dossier permet de confirmer les conclusions tirées par la juge de première instance au sujet du gymnase et les conclusions qu'elle a tirées commandent la déférence. Le dossier lui

permettait raisonnablement de conclure que les autres solutions proposées ne permettraient pas d'atteindre la même égalité réelle, pour ce qui était de l'expérience d'enseignement dans la langue de la minorité, que celle que procurerait la construction d'un gymnase. Il était raisonnable de conclure que la construction d'un gymnase dans l'école constituait une caractéristique essentielle de l'expérience d'enseignement dans la langue de la minorité. Bien qu'il puisse s'agir d'un cas limite en ce qui concerne la question de savoir si le nombre actuel d'écoliers justifie un gymnase attitré pour l'école Allain St-Cyr, la conclusion selon laquelle le critère variable est satisfait est défendable. Bien que les arguments contraires des appelants ne soient pas dépourvus de valeur et que les dépenses de construction soient considérables (dix millions de dollars ou 100 000 \$ par élève), il n'y a pas lieu de modifier l'ordonnance exigeant que les élèves aient un accès convenable à un gymnase.

[141] La juge de première instance a exposé avec force détails la nature du gymnase devant être construit. Cette quantité de détails empêche les appelants et la Commission scolaire d'engager un dialogue de bonne foi leur permettant de s'acquitter concrètement de leurs obligations constitutionnelles compte tenu des besoins précis de l'école et des contraintes inhérentes à l'emplacement de l'école. Là encore, le fait que la Commission scolaire ne soit pas partie au présent litige constitue un obstacle. À cette étape-ci, la réparation qu'il convient d'accorder est de rendre un jugement déclarant qu'un gymnase est nécessaire, sans plus de détails.

#### *Le laboratoire de science*

[142] L'École Allain St-Cyr n'a pas de local servant exclusivement de laboratoire de science pour les élèves du secondaire et, suivant la preuve, un tel laboratoire serait souhaitable. La juge de première instance a conclu comme suit :

734. Pour améliorer la qualité de son enseignement au niveau secondaire, à mon avis, l'école devrait aussi avoir un laboratoire dédié pour les sciences au niveau secondaire.

Cette conclusion est purement conjecturale. Elle ne repose pas sur une analyse du critère variable ou sur toute autre analyse. La juge de première instance n'a pas abordé la question des coûts de construction de ce local, ce qui constitue un élément essentiel de l'analyse constitutionnelle appropriée, et elle ne s'est pas demandé si la construction de cette installation était « justifiée » sur les fonds publics: *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, à la p. 856. Comme la juge de première instance a fait abstraction du partage d'espaces, on ne dispose d'aucune analyse comparative de cette option.

[143] Suivant la preuve non contredite, il n'y avait que 30 élèves inscrits au niveau secondaire: 21 en 7<sup>e</sup>, 8<sup>e</sup> et 9<sup>e</sup> années et 9 inscrits en 10<sup>e</sup>, 11<sup>e</sup> et 12<sup>e</sup> années. Aussi souhaitable qu'un laboratoire de science puisse être, la juge de première instance n'a pas abordé la question de savoir si le nombre justifie l'aménagement de ce local particulier aux frais de l'État. Le critère de l'article 23 a complètement été occulté. L'analyse repose essentiellement sur le principe que: a) le laboratoire exigé serait souhaitable; b) l'école de la majorité linguistique en possède un et,

par conséquent: c) l'école de la minorité linguistique devrait également en avoir un. La juge de première instance a expliqué ce qui suit :

584 Évidemment, il y a d'importantes différences entre le nombre d'élèves qui fréquentent ces écoles et le nombre d'élèves qui fréquentent l'ÉASC. Cette différence est pertinente pour déterminer le niveau de services qui doit être fourni, selon les deux critères énoncés dans *Mahe* (besoins pédagogiques et coûts des services). Mais elle n'est pas pertinente pour établir ce qui, au point de départ, doit servir de point de comparaison.

Cette dernière conclusion est discutable à première vue, mais, de toute façon, le raisonnement ne va pas plus loin; il s'arrête au « point de comparaison » initial et ne tient pas compte de la pondération exigée pour déterminer si l'aménagement de ce laboratoire aux frais de l'État est justifié.

[144] Il a été démontré que les écoles secondaires de la majorité linguistique à Yellowknife disposent de telles installations. Il ne s'agit pas d'un facteur convaincant en l'espèce parce que, comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, au par. 73), le programme secondaire de l'École Allain St-Cyr ne correspond qu'à 4 p. 100 de la taille de celui de l'École Sir John Franklin et à 5,3 p. 100 de la taille de celui de l'École St. Patrick. L'article 23 n'exige pas que l'on offre des installations au groupe de la minorité linguistique pour la simple raison que les établissements scolaires de la majorité linguistique bénéficient de telles installations. Toute installation exigée doit quand même satisfaire aux critères de l'alinéa 23(3)*b*), en ce sens que le nombre doit justifier la fourniture d'installations distinctes à la minorité linguistique « sur les fonds publics ». Comme nous l'avons déjà expliqué (*supra*, aux par. 118 à 129), le partage des installations avec une autre école ne constitue peut-être pas la solution parfaite, mais, selon l'analyse du critère variable, il peut s'agir de la seule réparation prévue par la Constitution.

[145] Suivant la preuve versée au dossier, il serait « souhaitable » que les élèves du secondaire aient accès à un laboratoire de science (motifs, aux par. 134, 144, 236 à 247), mais ce n'est pas le critère prévu par la loi. Une simple différence entre les installations dont disposent les établissements scolaires de la majorité linguistique et celles qui sont offertes à l'école de la minorité linguistique ne saurait en soi être qualifiée de lacune constitutionnelle lorsqu'on tient compte du nombre très peu élevé d'élèves du secondaire en cause. À défaut d'éléments de preuve démontrant que les installations existantes (qu'elles soient partagées ou distinctes) équivaldraient à un refus à une égalité réelle d'enseignement des sciences compte tenu du nombre d'élèves, le fait de souhaiter avoir accès à des laboratoires de science distincts révèle l'existence d'une aspiration et non de droits constitutionnels. Le désir et les attentes des ayants droit de la communauté, tout aussi authentiques et légitimes qu'ils puissent être, ne permettent pas de faire l'économie de l'analyse du critère variable. L'analyse n'a pas pour objet d'identifier l'école idéale ou utopique de la minorité linguistique, mais bien de cerner les normes constitutionnelles minimales applicables à une telle école.

[146] Les intimés soutiennent que l'école William McDonald compte 121 élèves et fonctionne à 25 p. 100 de sa capacité, mais qu'elle dispose pourtant d'espaces spécialisés. Il est toutefois déraisonnable de conclure que cette école a été conçue en fonction de tels aménagements. Si le gouvernement avait su que le taux de fréquentation serait si faible, l'école n'aurait probablement pas été dotée de toutes ces installations et n'aurait peut-être même jamais vu le jour. L'article 23 n'exige pas la construction d'installations complémentaires superflues simplement parce que d'autres « erreurs » de planification et de projection ont été commises et se sont traduites par des installations maintenant superflues. La solution consiste à examiner les faits tels qu'ils existent: il existe une école dont certaines installations ne sont pas utilisées et une école voisine qui a besoin de ces installations. À moins que l'analyse du critère variable justifie la construction d'installations distinctes, la solution exigée par la Constitution consiste à partager les installations déjà existantes.

[147] En résumé, toute conclusion implicite suivant laquelle le « nombre justifie » la construction d'un laboratoire de sciences spécialisées n'est pas appuyée par la preuve ou par toute analyse appropriée et témoigne d'une erreur manifeste et dominante.

#### *Autres espaces spécialisés*

[148] La juge de première instance a également ordonné la construction d'autres installations spécialisées:

730. M. Kindt a expliqué que les cours d'arts culinaires sont parmi les plus populaires aux TN-O, et il a dit que l'ÉASC n'avait pas d'équipement adéquat pour l'enseignement de ces cours. Je suis d'accord. L'espace actuel est très restreint et n'est pas équipé convenablement. À mon avis, l'ÉASC doit être équipée d'une salle adéquate pour l'enseignement des arts ménagers.

731. M. Kindt a parlé de l'importance d'avoir une salle de classe dédiée à l'enseignement de l'anglais comme langue seconde. Je suis d'accord avec son opinion sur ce point, et selon moi, l'ÉASC devrait avoir un espace spécifiquement dédié à cette fin.

732. Pour être en mesure d'offrir d'autres options aux élèves, et pour maximiser le nombre de cours qui pourraient être offerts au sein même de l'école, elle a à mon avis besoin d'une autre salle à usages multiples, qui pourrait servir aux arts plastiques et visuels, et à l'enseignement de la musique.

Ces conclusions sont également dépourvues de toute analyse portant sur le critère variable énoncé dans l'arrêt *Mahe*. Là encore, la juge de première instance n'a pas abordé la question du coût de construction de ces installations et, partant, la question de leur « justification ». Elle n'a pas abordé la question du nombre d'élèves qui pourraient profiter de ces installations ni la possibilité de suivre les cours en question à l'école William McDonald.

[149] La seule justification invoquée à l'appui de ces ordonnances concerne l'opportunité de construire une école de la minorité linguistique autonome :

729. Comme je l'ai déjà évoqué, le droit de la minorité de bénéficier d'espaces scolaires distincts requiert que la diversité dans le choix de cours ne dépend pas entièrement de l'utilisation d'espaces situés à l'extérieur de l'école. Pour les raisons que j'ai évoquées en parlant de la nécessité d'un gymnase, l'école doit av[oir] un certain nombre d'installations qui lui sont propres, pour ne pas éroder indûment l'homogénéité linguistique de son programme scolaire.

L'article 23 n'exige toutefois pas la construction d'installations distinctes simplement parce qu'elles sont souhaitables. Il faut démontrer que le « nombre justifie » la construction de ces installations aux frais de l'État. Comme la juge de première instance n'a pas abordé la question du « nombre » ni celle des « frais de l'État », ces déclarations non étayées sont fondées sur une erreur de droit et sont également déraisonnables.

[150] Bien qu'il soit dans l'abstrait manifestement souhaitable d'avoir des installations distinctes, comme nous l'avons déjà expliqué (*supra*, aux par. 121 à 123), il ne s'agit pas d'un droit protégé en soi par la *Charte*. Il est particulièrement difficile de comprendre ce qu'on pourrait trouver à redire sur le fait que des cours d'anglais soient dispensés à des élèves francophones dans une école anglaise.

[151] En résumé, les conclusions tirées par la juge de première instance sur ces questions commandent la déférence. Toutefois, dans les cas où les motifs manquent de transparence, où il n'est pas fait mention du critère légal et où le résultat ne ressort pas raisonnablement du dossier, l'intervention de la juridiction d'appel s'impose.

#### *Le terrain de jeu*

[152] Le sol est très rocailleux à Yellowknife. L'École Allain St-Cyr a été construite juste à côté de l'École William McDonald, après la tenue de consultations auprès la communauté linguistique minoritaire. Cette décision tenait compte des contraintes inhérentes au sujet de la taille du terrain de jeu. Voici ce que la juge de première instance a conclu à ce sujet :

741. En ce qui a trait au terrain de jeu extérieur, la preuve révèle qu'il est beaucoup plus petit que celui de plusieurs des écoles de la majorité. La preuve révèle aussi que l'environnement physique à proximité de l'école présente certains défis [*sic*], parce qu'elle est entourée de rochers.

742. L'ÉASC devrait avoir un terrain de jeu plus grand que ce qui existe à l'heure actuelle. Ceci devrait être incorporé dans les plans des travaux d'agrandissement, et dans l'organisation du site. Mais je ne fixerai pas des paramètres rigides, étant donné que je ne dispose pas de toute l'information concernant les limites que présente le site.

Il se peut que le terrain de jeu ait été inadéquat depuis le début et que ce problème ait été exacerbé par les installations supplémentaires exigées par les intimés et dont la Cour a ordonné la construction.

[153] Le simple fait que le terrain de jeu est « beaucoup plus petit que celui de plusieurs des écoles de la majorité » n'est pas suffisant. Là encore, la juge de première instance n'a pas abordé la question de savoir si le « nombre » justifie que la Cour ordonne la construction d'un terrain de jeu plus grand aux frais de l'État. On ne dispose d'aucun élément de preuve sur les coûts d'un terrain de jeu plus grand, ni sur la question de savoir si un terrain de jeu plus grand est même physiquement possible. Les intimés ne se sont pas acquittés du fardeau de preuve qui leur incombait sur cette question. Voici la réparation officielle que la Cour a ordonnée au sujet de la construction d'installations :

(viii) dans la mesure du possible, et tenant compte des conditions du terrain, l'aménagement d'un plus grand terrain de jeu pour les niveaux primaire et secondaire.

Cette mesure est vague au point d'être inexécutable. Cette partie du jugement est déraisonnable et devrait être supprimée.

#### Choix de la réparation

[154] La juge de première instance a accordé une réparation très précise en ordonnant aux appelants de construire certaines installations. Les appelants soutiennent que si la Cour conclut qu'ils ne se sont pas entièrement acquittés des obligations que leur impose l'article 23, ils devraient se voir accorder la possibilité de déterminer la façon la plus efficace et efficiente de s'acquitter de ces obligations. Tout en se disant disposés à respecter les directives de la Cour quant à la portée de leurs obligations, les appelants contestent le caractère trop précis des réparations accordées.

[155] Le rôle principal des tribunaux consiste à définir la portée des droits conférés par l'article 23 et de déterminer s'ils ont été respectés. Il n'appartient pas aux tribunaux de diriger les écoles de la minorité linguistique, de construire des établissements scolaires ou de dépenser des deniers publics. Ainsi que la Cour d'appel fédérale l'a fait observer dans l'arrêt *Jodhan c Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 161, au par. 171, [2014] 1 RCF 185 (citant l'ouvrage du professeur Hogg, *Constitutional Law of Canada*, vol. 2, 5<sup>e</sup> éd. suppl. 2007, aux p. 40 à 45) :

[TRADUCTION]

Le tribunal a épuisé sa compétence une fois qu'il a constaté les faits, a appliqué la loi à ces faits et a ordonné au défendeur de corriger la situation. Après tout, il n'existe plus de question de droit à trancher; il ne reste à arrêter que les détails pratiques de l'exécution du jugement, et cette tâche incombe à l'exécutif.

L'arrêt *Doucet-Boudreau* accepte que les tribunaux supervisent de façon constante la conformité à la Constitution sans envisager la possibilité pour les tribunaux supérieurs de se mêler de la microgestion des systèmes scolaires des minorités linguistiques au Canada.

[156] L'article 23 impose des obligations à l'État, à qui il appartient de s'acquitter de ces obligations. Les facteurs en question déterminent la nature des réparations que les tribunaux devraient accorder. Ainsi qu'il a été déclaré dans l'arrêt *Mahe*, aux pages 392 et 393 :

Pour ces motifs, je crois préférable que notre Cour se limite, dans le cadre de ce pourvoi, à faire une déclaration à l'égard des droits concrets qui sont dus, en vertu de l'art. 23, aux parents appartenant à la minorité linguistique à Edmonton. Une telle déclaration garantira que les droits des appelants se concrétiseront, tout en laissant au gouvernement la souplesse nécessaire pour élaborer une solution appropriée aux circonstances. Comme l'a observé le procureur général de l'Ontario, le gouvernement devrait disposer du pouvoir discrétionnaire le plus vaste possible dans le choix des moyens institutionnels dont il usera pour remplir ses obligations en vertu de l'art. 23. Les tribunaux devraient se garder d'intervenir et d'imposer des normes qui seraient au mieux dignes de Procuste, sauf dans les cas où le pouvoir discrétionnaire n'est pas exercé du tout, ou l'est de façon à nier un droit constitutionnel. Dès lors que la Cour s'est prononcée sur ce qui est requis à Edmonton, le gouvernement peut et doit prendre les mesures nécessaires pour assurer aux appelants et aux autres parents dans leur situation ce qui leur est dû en vertu de l'art. 23. L'article 23 de la Charte impose aux législatures provinciales l'obligation positive d'édicter des dispositions législatives précises pour fournir une instruction dans la langue de la minorité et des établissements d'enseignement de la minorité linguistique lorsque le nombre le justifie. Jusqu'à maintenant, la législature de l'Alberta a négligé de remplir cette obligation. Elle ne doit plus tarder à mettre en place un système approprié d'enseignement dans la langue de la minorité. (Non souligné dans l'original.)

Ces principes ont été confirmés dans le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, aux p. 860 et 861. Si, malgré les balises fournies par les tribunaux, l'État ne s'acquitte pas de ses obligations, des réparations plus attentatoires peuvent se justifier.

[157] Rien dans le présent dossier ne permet de croire que les appelants n'exécuteront pas la décision de la Cour de façon responsable. Les appelants ont mis sur pied deux écoles de la minorité linguistique et en ont confié le contrôle à un conseil scolaire de la minorité linguistique, même s'il n'y a que 200 élèves en tout. Ils se sont conformés de bonne foi à l'« injonction provisoire » prononcée par la Cour suprême des Territoires du Nord-Ouest et ils ont construit la Phase 1 au coût de 2,14 millions de dollars.

[158] Les moyens de défense avancés par les appelants dans la présente instance ne reflètent pas leur volonté de s'acquitter des obligations que leur impose l'article 23. Les appelants se

heurtait à des demandes irréalistes: a) l'admission de non-ayants droit dans les écoles, b) le contrôle exclusif des admissions confié à la Commission scolaire, c) le droit de la Commission scolaire d'être propriétaire des écoles et notamment le droit de les hypothéquer; d) la protection de l'article 23 conférée aux garderies et aux programmes de prématernelle. Les appelants avaient parfaitement le droit de contester ces demandes agressives et elles ont obtenu gain de cause à cet égard. Le simple fait qu'elles ont contesté l'action à certains autres égards ne justifie pas une réparation plus attentatoire à cette étape-ci. La Cour devrait préciser et énoncer les obligations dont les appelants ne se sont pas acquittés en ce qui concerne l'enseignement dans la langue de la minorité linguistique et leur accorder une possibilité raisonnable de s'acquitter de ces obligations.

#### *L'absence de la Commission scolaire*

[159] Comme nous l'avons déjà fait observer (*supra*, au par. 6), l'absence de la Commission scolaire dans la présente instance est une irrégularité qui limite le genre de réparation qui peut être accordée. Par exemple, la juge de première instance a ordonné la réparation suivante :

[...] des représentants des Défendeurs rencontreront des représentants des Demandeurs pour établir un échéancier et entreprendre la planification des travaux.

Cette réparation ne tient pas compte du fait que les intimés n'ont ni le mandat ni le pouvoir d'apporter des modifications matérielles à l'École Allain St-Cyr, de planifier quoi que ce soit ou d'établir des horaires obligatoires. L'École est sous le contrôle de la Commission scolaire. La seule réparation possible dans le cadre de la présente action est un jugement déclaratoire.

[160] Plus précisément, il ne convient pas d'accorder une réparation envisageant d'apporter des modifications matérielles à l'École Allain St-Cyr, étant donné que cette école relève du contrôle de la Commission scolaire et non des intimés. De plus, l'absence de la Commission scolaire dans la présente instance fait en sorte qu'il ne convient pas de prononcer un jugement déclaratoire en ce qui concerne la décision du ministre de l'Éducation de refuser de déléguer ses pouvoirs en vertu de l'art. 119 de la *Loi sur l'éducation*, LTN-O 1995, ch. 28.

#### *Réparation pour l'« inaction »*

[161] Bien qu'elle ait conclu que la garderie et la prématernelle n'étaient pas protégées en vertu de l'article 23, la juge de première instance a prononcé une ordonnance obligeant les appelants à aménager plus d'espace pour ces programmes. Elle a expliqué qu'il s'agissait d'une réparation constitutionnelle qui était accordée pour tenir compte de l'« inaction » passée des appelants qui avaient « sciemment laissé perdurer » cette situation de manque d'espace scolaire (motifs, au par. 774), sans préciser en quoi consistait cette inaction.

[162] Le présent dossier ne permet pas de savoir ce que l'on doit entendre par « inaction ». Au cours de la première décennie d'enseignement dans la langue de la minorité à Yellowknife, on

est passé de l'enseignement dans une seule salle de classe dans une autre école en 1989 à la construction, en étroite consultation avec la communauté francophone, de l'École autonome Allain St-Cyr en 1999. La Commission scolaire francophone a été créée en 2000. Toutes ces mesures ont été prises à la suite de communications échangées entre le GTN-O et la communauté francophone; aucune solution imposée par les tribunaux n'a jamais été nécessaire.

[163] En 2003, à peine quatre ans après l'ouverture de l'École Allain St-Cyr, la Commission scolaire a soumis une demande en vue d'obtenir davantage d'espaces. En 2005, la présente action a été introduite par les intimés, bien que la Commission scolaire ait refusé d'y participer parce qu'elle avait entrepris des pourparlers sérieux avec les appelants (motifs, au par. 181). L'« injonction provisoire » a été prononcée en 2005 et, en 2006, les appelants ont accepté d'ajouter deux salles de classe. Les travaux d'agrandissement de la Phase 1 étaient à peine achevés en 2007, lorsque les intimés ont renouvelé leur demande d'addition en vue d'obtenir de nouveaux espaces. On ne saurait raisonnablement conclure à une « inaction ». Le temps consacré à la préparation du procès correspond aux attentes normales et le défaut de construire d'autres installations alors que le procès était en instance ne saurait raisonnablement être qualifié d'« inaction ». Les appelants n'avaient pas l'obligation de construire d'autres installations pendant qu'ils préparaient une défense raisonnable pour démontrer que d'autres installations n'étaient pas « justifiées ».

[164] La réparation accordée aggrave également l'erreur que constitue le fait de penser que des non-ayants droit pourraient être admis au sein du système d'éducation de la minorité linguistique. La Garderie Plein Soleil, un organisme privé, exploite la garderie. Elle admet des non-ayants droit; en 2009, sept des 34 enfants n'étaient pas titulaires de droits garantis par l'article 23. Rien ne permet de penser que des titulaires des droits garantis par l'article 23 se soient jamais vus refuser une place dans cette garderie. En fait, la réparation accordée pour les violations alléguées à l'article 23 a consisté à accorder à des non-ayants droit d'autres places en garderie.

[165] La conclusion selon laquelle les appelants ont « sciemment laissé perdurer » cette situation de manque d'espace scolaire est également déraisonnable. En premier lieu, il semble que cette conclusion n'équivaut à rien de plus qu'à une simple observation que les appelants contestent l'action. La juge de première instance explique que les appelants « ont continué d'affirmer que l'espace est suffisant à l'école » (motifs, au par. 773). Ainsi que les présents motifs (et ceux de la juge de première instance) l'expliquent, il n'est pas facile de préciser la portée des établissements d'enseignement minimum exigés par la Constitution dont le tribunal peut ordonner la construction. Il n'est pas évident de calculer le « nombre » ni de déterminer quelles installations sont « justifiées ». C'est une tâche complexe de discerner quelles installations permettraient d'atteindre une « égalité réelle » par rapport aux établissements scolaires de la majorité linguistique de plus grande taille. C'est une erreur de principe de pénaliser un plaideur parce qu'il conteste une action alors qu'il dispose d'une défense légitime.

[166] Quoi qu'il en soit, les intimés exigeaient systématiquement la construction de nouvelles installations. Comme les présents motifs le révèlent, ils ont tout au plus uniquement le droit en vertu de la Constitution à la construction d'un gymnase, même s'il est loin d'être certain que la Constitution leur permet effectivement d'exiger une telle installation. Les appelants s'opposaient en fait à une demande d'installation à laquelle les intimés n'avaient pas droit. Même la juge de première instance a estimé que les exigences des intimés méconnaissaient le principe du critère variable (motifs, au par. 606). De plus, les demandes d'installation physique des intimés étaient truffées de plusieurs assertions intenable: a) l'admission de non-ayants droit dans les écoles, b) le contrôle exclusif des admissions confié à la Commission scolaire, c) le droit de la Commission scolaire d'être propriétaire des écoles et notamment le droit de les hypothéquer; d) la protection de l'article 23 conférée aux garderies et aux programmes de prématernelle. Les appelants avaient amplement le droit de s'opposer à la construction des installations fondées sur ces hypothèses fondamentales erronées. Tout retard qu'accusait la détermination de la réparation constitutionnelle à laquelle les intimés avaient droit était attribuable tout autant à ces demandes agressives qu'à une inaction de la part des appelants.

[167] L'ampleur des demandes des intimés est révélée par les réparations qu'elle réclame dans la déclaration :

39(a.1) Une ordonnance en vertu des articles 23 et 24 de la *Charte* que les défendeurs :

[...]

(ii) accorde [*sic*] le financement à la Commission scolaire francophone, Territoires du Nord-Ouest pour construire et maintenir les installations scolaires qu'elle juge nécessaire pour répondre aux exigences de l'article 23 de la *Charte*.

Les intimés ont fait valoir le droit de décider à quelles « installations » ils avaient droit en vertu de la *Charte* en plus de réclamer « carte blanche » en matière de financement. Aucune autre personne revendiquant des droits en vertu de la *Charte* n'a le droit de définir elle-même la portée de ses droits. Des demandes aussi audacieuses exigeaient et justifiaient une défense vigoureuse.

[168] Sans ces demandes fondamentales, les parties auraient fort bien pu arriver à régler leurs différends en ce qui concerne les installations physiques. L'idée que « les demandeurs ont essayé de régler le litige, autrement qu'en se tournant vers les tribunaux, pendant plusieurs années » (motifs, au par. 815), méconnaît le fait que les intimés ont rejeté toute idée de compromis sur ces questions fondamentales. Les appelants avaient parfaitement le droit de contester ces assertions et il est déraisonnable de les accuser d'inaction ou de « violation intentionnelle » de ce fait.

[169] En second lieu, la conclusion suivant laquelle les défendeurs ont « sciemment laissé perdurer » une situation de manque d'espace est remise en question par plusieurs hypothèses non fondées: a) l'hypothèse suivant laquelle le fait de partager des espaces avec l'école voisine était

inacceptable (*supra*, aux par. 118 à 129); b) l'hypothèse suivant laquelle les intimés n'avaient pas à mobiliser de ressources (*supra*, aux par. 83 à 88), du moins en ce qui concerne les installations dont le financement pouvait être retracé jusqu'à un certain point à des sources fédérales (*supra*, aux par. 89 à 94); c) l'inclusion des non-ayants droit dans les calculs (*supra*, aux par. 41 à 48).

[170] Plus précisément, la conclusion suivant laquelle il y avait violation de la Constitution portait du principe que certaines parties de l'École Allain St-Cyr n'étaient pas des « espaces scolaires ». La juge de première instance a tenu pour acquis que les appelants avaient « sciemment laissé perdurer cette situation d'empiètement des espaces scolaires sur les espaces voués à des fins communautaires », ce qui « a nui à la fois à la vocation scolaire de l'école et à sa vocation communautaire » (motifs, au par. 774). Comme nous l'avons déjà expliqué, la *Charte* protège le droit à l'instruction dans des établissements d'enseignement de la minorité linguistique financés et non le droit à des installations à vocation communautaire (*supra*, aux par. 85 à 87).

[171] Enfin, la réparation accordée pour « l'inaction » est erronée; elle confère essentiellement des droits à la communauté et non à des titulaires de droits garantis par l'article 23. Le libellé de l'article 23 confère des droits à des catégories précises de parents en leur permettant d'envoyer leurs enfants à des écoles de la minorité linguistique et c'est à eux que les réparations doivent être accordées: *Doucet-Boudreau*, aux par. 55 et 58. La réparation générale consistant à créer plus d'espaces pour une garderie n'est liée à aucune violation de la *Charte* commise contre un ayant droit. Aucun ayant droit potentiel n'est en mesure de démontrer que, n'eût été l'espace supplémentaire aménagé dans la garderie, ces enfants auraient été en mesure de s'inscrire au programme de l'enseignement primaire dans la langue de la minorité (*supra*, au par. 164). Comme la garderie n'est pas protégée par l'article 23, l'absence d'espace en garderie ne saurait constituer une violation de la *Charte*. L'article 23 n'impose aucune obligation au gouvernement l'élargir l'application de l'article 23 à d'autres ayants droit ou aux personnes intéressées à l'enseignement dans la langue de la minorité ou encore de créer davantage d'espaces en garderie ou d'autres possibilités sur le plan linguistique. La juge de première instance a commis une erreur de droit en justifiant cette réparation au motif qu'elle encourage « le recrutement et la francisation » (motifs, au par. 787), étant donné que la *Charte* ne protège pas de tels droits. Lorsque des institutions, des programmes ou des établissements sont créés dans le but d'augmenter le nombre de titulaires des droits garantis par l'article 23, on ne saurait affirmer que l'on se retrouve devant un parcours scolaire authentique sur le plan constitutionnel: *Nguyen c Québec*, au par. 36.

[172] De toute évidence, les intimées La Garderie Plein Soleil et la Fédération Franco-Ténoise ne sont pas des ayants droit et elles n'ont pas droit à cette réparation. La personne physique intimée Yvonne Careen n'a pas d'enfant qui pourrait fréquenter la garderie (la personne physique Claude St-Pierre ne semble pas avoir pris part au procès). L'intimée, l'Association des parents ayants droit de Yellowknife, a tout au plus comparu en qualité de représentante.

[173] En tout état de cause, même si une réparation pour une « inaction » passée était justifiée, la réparation accordée était disproportionnée. Toute inaction était nettement liée au litige et doit être appréciée en fonction des mesures prises jusqu'ici par le GTN-O pour appuyer l'enseignement aux groupes minoritaires entre 1989 et 2003. La juge de première instance a essentiellement accordé une réparation perpétuelle contre les appelants en les obligeant à accorder pour toujours des espaces de garderie dans l'école alors que cette protection n'est pas prévue par la Constitution. Bien que le juge de première instance dispose d'un vaste pouvoir discrétionnaire lorsqu'il s'agit d'élaborer une réparation constitutionnelle, celle qui a été accordée en l'espèce était déraisonnable.

[174] En résumé, le dossier ne révèle pas l'existence d'une inconduite constitutionnelle qui justifierait d'accorder aux intimés des espaces pour la garderie et pour la prématernelle qui ne sont pas protégés par la Constitution. En tout état de cause, la réparation accordée était disproportionnée par rapport à quelques manquements constitutionnels.

#### Les dépens

[175] La juge de première instance a adjugé les dépens entre avocats et clients aux intimés. Elle a reconnu que l'octroi de dépens entre avocats et clients n'était pas la norme, mais a estimé que cette mesure exceptionnelle était justifiée pour les raisons suivantes :

- a) dans une affaire constitutionnelle, les dépens peuvent être une forme de réparation convenable en vertu du paragraphe 24(1) de la *Charte* (motifs, au par. 809);
- b) le gros du litige portait sur les espaces scolaires et les intimés ont eu essentiellement gain de cause (motifs, au par. 811);
- c) les appelants ont présenté certains arguments qui n'ont pas été retenus, et plus précisément :
  - (i) ils ont soutenu que les espaces ne devaient pas être consacrés à des vocations communautaires (motifs, au par. 814);
  - (ii) ils se sont trop fiés à des formules applicables à des établissements scolaires de la majorité linguistique en les appliquant aux écoles de la minorité linguistique, sans faire les rajustements nécessaires (motifs, au par. 813);
- d) les intimés ont « essayé de régler le litige, autrement qu'en se tournant vers les tribunaux, pendant plusieurs années » (motifs, au par. 815);
- e) les appelants n'ont pas effectué les travaux d'agrandissement de la Phase 2 (motifs, aux par. 816 et 817).

La juge de première instance a reconnu que l'on ne pouvait reprocher aux appelants d'avoir fait preuve de mauvaise foi (motifs, au par. 818) et que certaines questions étaient nouvelles (motifs, au par. 812).

[176] L'adjudication de dépens et les réparations accordées en vertu de l'art. 24 de la *Charte* sont des mesures très discrétionnaires qui appellent une grande déférence. Néanmoins, le fondement de l'exercice du pouvoir discrétionnaire dans la présente affaire a été grandement compromis. Les erreurs de principe « peuvent et doivent » donner lieu à l'intervention de la juridiction d'appel: ***Bande indienne Okanagan***, au par. 43.

[177] Dans les affaires mettant en cause la *Charte*, les dépens peuvent parfois être accordés sous forme de réparation fondée sur le paragraphe 24(1), mais l'aspect réparateur d'une adjudication de dépens ne doit pas être confondu avec l'adjudication de dépens exemplaires visant à sanctionner un comportement répréhensible survenu au cours du procès. Le simple fait que la contestation d'une demande constitutionnelle a échoué en partie ne justifie pas la condamnation des dépens sur la base avocat-client. L'adjudication des dépens « en tant que réparation fondée sur la *Charte* » ne devrait pas être transformée en un principe automatique ou applicable par défaut selon lequel les dépens entre avocats et clients sont toujours accordés dans les affaires constitutionnelles: ***Mackin c Nouveau-Brunswick (Ministre des Finances)***, 2002 CSC 13, au par. 86, [2002] 1 RCS 405. La présence du gouvernement en tant que défendeur, qui dispose de ressources considérables, ne justifie pas une telle mesure. La simple importance de l'objet du litige n'est pas déterminante: ***Mackin***, au par. 87; ***Little Sisters Book and Art Emporium c Canada (Commissaire des Douanes et du Revenu)***, 2007 CSC 2, au par. 35, [2007] 1 RCS 38. L'indemnisation de la partie (partiellement) victorieuse ne constitue pas le seul objectif de l'adjudication des dépens, et ce, qu'ils soient attribués sous forme de dépens ou sous toute autre forme de réparation: ***Bande indienne Okanagan***, aux par. 22 à 24.

[178] La juge de première instance reproche de façon déraisonnable l'insistance des appelants sur « l'égalité formelle ». Elle omet de relever la position tout aussi inacceptable des intimés, en l'occurrence le fait que l'école de la minorité linguistique avait droit aux mêmes installations que celles des établissements scolaires de la majorité linguistique. La juge de première instance a, en fait, qualifié ces deux positions de déraisonnables (*supra*, aux par. 115 et 116), tout en concluant que l'approche déraisonnable des intimés devait faire l'objet d'une adjudication de dépens sur la base avocat-client. La juge de première instance a reconnu que les appelants « n'ont pas nié ou ignoré leurs obligations constitutionnelles découlant de l'article 23. Ils les ont simplement interprétées de façon indûment restrictive » (motifs, au par. 824; même cette évaluation est mise en doute par l'issue du présent appel). La juge de première instance a écarté toute idée de mauvaise foi (motifs, au par. 818). Malgré les nombreuses violations constatées, la juge de première instance a refusé d'accorder des dommages-intérêts punitifs ou même quelque dommage-intérêt que ce soit (motifs, aux par. 796 à 806). Compte tenu de toutes ces conclusions, il était déraisonnable d'accorder dans ces conditions des dépens entre avocats et clients en tant que réparation « juste et appropriée » au sens de la *Charte*: ***Bande indienne Okanagan***, au par. 25.

[179] Le fait pour une partie « d'avoir gain de cause » dans une action constitue un aspect important de toute adjudication de dépens. La mesure dans laquelle les intimés ont eu gain de cause au procès a été considérablement atténuée en appel. Bien qu'une des questions ait pu porter sur les « installations », la question de savoir si le « nombre justifiait » ces installations dépendait de certains principes fondamentaux. Les intimés ont particulièrement perdu sur les questions essentielles suivantes: a) celle de savoir si les non-ayants droit peuvent être admis dans les établissements scolaires; b) celle de savoir si la Commission scolaire a le contrôle exclusif des admissions; c) celle de savoir si la garderie et la prématernelle sont visées par l'article 23. En revanche, les appelants ont obtenu gain de cause en ce qui concerne leur argument selon lequel les intimés avaient l'obligation de mobiliser l'espace prévu pour l'enseignement dans la langue de la minorité. Pour ce qui est des réparations plus précises, les intimés ont démontré qu'ils avaient droit à un gymnase, mais n'ont pas réussi à démontrer qu'ils avaient droit à la construction d'une aile secondaire distincte, d'une salle de classe séparée pour chaque niveau et à d'autres installations spécialisées. Les appelants ont réussi à démontrer que des arrangements de partage d'espace approprié seraient satisfaisants.

[180] Comme nous l'avons déjà fait observer, les tentatives faites pour régler le présent litige ont été sérieusement compromises par les arguments formulés par les intimés au sujet des personnes devant être admises dans les établissements scolaires et de celles qui devaient être incluses dans le calcul du « nombre » (*supra*, aux par. 166 à 168).

[181] Les appelants se sont engagés à effectuer les travaux d'agrandissement de la Phase 1 et ils les ont réalisés. Ils ne se sont jamais engagés à construire la Phase 2 et il était déraisonnable de les pénaliser parce qu'ils ont convenu de préparer les plans d'agrandissement (*supra*, aux par. 58 à 65).

[182] Malgré la déférence à laquelle il convient de faire preuve envers l'adjudication des dépens, rien ne justifie dans le présent dossier d'adjudger des dépens sur la base avocat-client. Les intimés ont obtenu gain de cause jusqu'à un certain point, ce qui est assez important dans l'abstrait (le gymnase), mais plutôt modeste par rapport aux demandes qu'ils formulaient. Les intimés devraient se voir adjudger les dépens taxés au procès au double du montant prévu à la colonne 5 de l'annexe A, majorés des débours raisonnables et de la TPS.

### Résumé

[183] En résumé, l'appel est accueilli et le jugement de première instance est annulé. L'appel incident est rejeté. Les intimés ont droit aux réparations suivantes:

- a) un jugement déclarant que l'École Allain St-Cyr ne comprend pas toutes les installations que le nombre d'élèves justifie, en ce sens que:
  - (i) il n'y a pas un gymnase convenable;

- (ii) elle requiert des espaces qui peuvent être utilisés pour enseigner aux élèves ayant des besoins spéciaux bien qu'il ne soit pas nécessaire de consacrer ces espaces exclusivement à cette fin étant donné que le nombre d'élèves ne justifie rien de plus.
- b) un jugement déclarant que des arrangements de longue durée doivent être pris pour donner accès à des espaces spécialisés (un laboratoire de sciences pour les élèves du secondaire, des espaces pour enseigner l'anglais langue seconde et un espace pour l'enseignement des arts ménagers). Cet accès doit être offert sous forme d'accès susceptible d'exécution forcée qui ne peut être modifié sauf avec le consentement du directeur de l'École Allain St-Cyr;
- c) un jugement déclarant que l'espace alloué à la garderie et à la prématernelle en 1999 et à la rotonde n'est pas inclus dans le calcul de la capacité de l'école, mais que tous les autres espaces de l'École Allain St-Cyr, et notamment ceux utilisés par les travaux d'agrandissement de la Phase 1 doivent être pris en compte dans ces calculs;
- d) une ordonnance enjoignant aux appelants de soumettre à la Commission scolaire une proposition détaillée sur la façon dont ils s'acquitteront des obligations constitutionnelles énoncées dans le présent jugement. Cette proposition doit être soumise dans un délai raisonnable (par ex., 120 jours, ou tout autre délai convenu par les appelants et la Commission scolaire ou ordonnée par le tribunal de première instance). (Une ordonnance enjoignant à la Commission scolaire de répondre en détail dans un délai raisonnable serait en théorie appropriée, mais n'est pas possible étant donné qu'elle n'est pas partie à la présente instance);
- e) un jugement déclarant que la garderie et la prématernelle ne répondent pas à la définition de l'expression « instruction primaire et secondaire » à l'article 23 de la *Charte*;
- f) un jugement déclarant que le gouvernement peut refuser l'admission aux écoles de la minorité linguistique aux personnes qui ne font pas partie des catégories visées aux paragraphes 23(1) et 23(2) de la *Charte* et que l'on ne doit pas tenir compte ces non-ayants droit pour déterminer si le nombre justifie des installations dans l'enseignement de la langue de la minorité.

Il y a lieu de présumer que les appelants et la Commission scolaire seront en mesure de s'entendre (ou pourront convenir d'un processus en mesure de les aider à parvenir à une attente) sur la façon d'exécuter ces jugements déclaratoires, à défaut de quoi il sera loisible à la Commission scolaire d'intenter une action en vue d'obtenir des réparations plus précises.

[184] La demande de la Garderie Plein Soleil et la Fédération Franco-Ténoise est rejetée étant donné qu'elles n'ont pas démontré qu'elles possédaient quelque droit conféré par la loi dans la présente action.

[185] La requête visant à radier du dossier les documents Brandeis est accueillie.

[186] Les intimés ont droit aux dépens en première instance (y compris les débours raisonnables de la TPS) taxés en fonction du double du montant prévu à la colonne 5 de l'annexe A des Règles de la Cour. Les appelants ont droit aux dépens de l'appel et de l'appel incident taxés au même tarif, y compris des frais pour la requête en radiation des documents du dossier qui peuvent être soustraits des dépens de première instance.

Appel instruit les 24 et 25 mars 2014

Motifs déposés à Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest),  
ce jour de janvier 2015

---

Le juge Slatter

---

Je souscris à ces motifs: Le juge Watson

## La juge Rowbotham (dissidente)

### I. Introduction

[187] Les juges majoritaires concluent que l'appel devrait être accueilli et que l'appel incident devrait être rejeté. Je suis d'accord pour dire que l'appel incident devrait être rejeté et que l'appel devrait être accueilli pour ce qui est de l'octroi d'une réparation fondée sur l'art. 24 pour la garderie et la prématernelle. Je suis également d'accord pour dire que la demande de présentation de nouveaux éléments de preuve devrait être rejetée et que la requête en radiation d'un document du dossier devrait être accueillie. Enfin, je suis d'accord pour dire que les dépens n'auraient pas dû être accordés au tarif des dépens entre avocats et clients. Je ne puis toutefois admettre que la juge de première instance a commis une erreur en tirant ses conclusions de fait en ce qui concerne son analyse de l'article 23 ou son application du critère légal exigé par la Cour suprême dans l'arrêt *Mahe c Alberta*, [1990] 1 RCS 342, 72 Alta LR (2d) 257, et dans l'arrêt *Arsenault-Cameron c Île-du-Prince-Édouard*, 2000 CSC 1, [2000] 1 RCS 3. Par conséquent, j'accueillerais l'appel uniquement dans la mesure susmentionnée et le rejetterais sur tous les autres points. Je confirmerais donc les modalités suivantes de l'ordonnance de la juge de première instance:

1. L'édifice qui abrite l'École Allain St-Cyr sera agrandi selon les paramètres suivants:

a. l'école aura une capacité d'accueil de 250 élèves

b. outre les salles de classe permettant d'atteindre cette capacité, l'agrandissement devra comprendre, au minimum:

- (i) un gymnase de 500 mètres carrés ou plus, avec vestiaires, douches, estrade et bureau pour le préposé au gymnase;
- (ii) un espace adéquatement équipé pour l'enseignement de cours de cuisine et d'arts ménagers;
- (iii) une salle multi-usages pour l'enseignement de la musique et des arts;
- (iv) un laboratoire adéquatement équipé pour l'enseignement des sciences au niveau secondaire, distinct de l'espace utilisé comme laboratoire par les élèves du niveau primaire;
- (v) une salle attitrée pour l'enseignement de l'anglais langue seconde;
- (vi) un espace fermé, pour le travail individuel, pour les élèves qui ont des besoins spéciaux;
- (vii) des espaces de travail pour le personnel;

(viii) dans la mesure du possible, et tenant compte des conditions du terrain, l'aménagement d'un plus grand terrain de jeu pour les niveaux primaire et secondaire.

## **II. Analyse**

[188] Je souscris dans l'ensemble à l'exposé que les juges majoritaires ont fait du contexte du présent appel. Au paragraphe 7, les juges majoritaires critiquent le fait qu'un juge en son cabinet avait prononcé une injonction interlocutoire en 2005 en lui reprochant de ne pas avoir effectué la bonne analyse. Cette injonction n'a pas fait l'objet d'un appel et elle ne fait pas partie non plus des moyens d'appel en l'espèce. À mon avis, il ne convient pas que notre Cour formule des observations à ce sujet.

[189] Ainsi que je l'expliquerai plus en détail dans les présents motifs, je me dissocie de mes collègues sur trois points. En premier lieu, je ne suis pas d'accord avec leur conception et leur application de la norme de contrôle en ce qui concerne les conclusions de fait tirées par la juge de première instance. Bien que les juges majoritaires reconnaissent que la norme de contrôle applicable soit celle de l'erreur manifeste et dominante, ils évoquent plusieurs pistes susceptibles d'affaiblir la déférence que commandent les conclusions de faits et il m'est impossible d'interpréter ou de qualifier les motifs de la juge de première instance de la même manière qu'eux. En second lieu, je ne suis pas d'accord pour dire que la juge de première instance a commis une erreur dans la façon dont elle a appliqué le critère légal imposé par la jurisprudence relative à l'article 23. Les juges majoritaires concluent que rien dans les faits ou dans la preuve ne permet raisonnablement de conclure qu'une capacité supérieure à la capacité actuelle de 160 élèves est actuellement nécessaire. À mon avis, cette conclusion ne s'accorde pas avec la démarche suivie par la Cour suprême dans les deux arrêts de principe *Mahe* et *Arsenault-Cameron*. Enfin, je ne souscris pas à la conclusion de la majorité suivant laquelle, pour ce qui est des installations supplémentaires, seul un gymnase est justifié.

### **1. Norme de contrôle**

[190] Je souscris à l'affirmation de la majorité, au paragraphe 34, suivant laquelle: « Le nombre d'élèves qui fréquentent actuellement l'École Allain St-Cyr, le nombre éventuel d'autres élèves qui pourraient la fréquenter à l'avenir et l'ampleur des établissements scolaires existant à Yellowknife sont principalement des questions de fait. Sur ces questions, l'intervention de la juridiction d'appel n'est justifiée que si les conclusions (considérées collectivement et de façon généreuse) témoignent de l'existence d'erreurs manifestes et dominantes. » Les juges majoritaires concluent également que la juge de première instance a commis six erreurs qui considérées collectivement, minent la déférence dont on doit faire preuve à l'égard de plusieurs questions clés de sorte que l'intervention de la juridiction d'appel s'impose. Voici les erreurs en question: (1) une erreur de droit en ce qui concerne les non-ayants droit; (2) le défaut du gouvernement de répondre à une lettre; (3) le sondage contesté; (4) les plans de la Phase 2; (5) le

recours à des données statistiques et la valeur accordée au témoignage des experts; (6) le choix des écoles de comparaison.

[191] Pour les motifs ci-après exposés, seul le premier point mentionné par les juges majoritaires constitue une erreur. J'estime toutefois que les conséquences de cette erreur sur le résultat final sont minimales. À mon avis, les autres « erreurs » que j'examinerai à tour de rôle constituent une interprétation erronée des motifs de la juge de première instance et peu importe si on les considère globalement ou autrement, elles n'ont pas pour effet de porter atteinte aux conclusions de fait de la juge de première instance. En tirant cette conclusion, je ne dis pas que les motifs de la juge de première instance sont à l'abri de tout contrôle judiciaire ou que le rôle en matière de correction d'erreurs que notre Cour est appelée à jouer devrait être supprimé. J'estime que les conclusions de fait que la juge de première instance a tirées commandent la déférence. Elles sont bien appuyées et sont raisonnables et ne devraient pas être infirmées en appel. Bien que je convienne avec les juges majoritaires que l'analyse de la norme de contrôle ne devrait pas être appliquée de façon trop absolue, elle ne peut être fluide au point de faire obstacle à toute déférence envers le juge des faits. Les raisons de principe qui militent en faveur d'une attitude de déférence envers l'auteur des conclusions de fait ont récemment été réitérées par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Sattva Capital Corp c Creston Moly Corp*, 2014 CSC 53, au paragraphe 52: la déférence contribue à réduire le nombre, la durée et le coût des appels tout en favorisant l'autonomie du procès et son intégrité. Ainsi que la Cour suprême l'a déclaré dans l'arrêt *Housen c Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 RCS 235, au paragraphe 14:

[...] [L]es cours d'appel ne sont pas dans une position favorable pour évaluer et apprécier les questions de fait. Les juges des cours d'appel n'examinent que la transcription des témoignages. De plus, les appels ne se prêtent pas à l'examen de dossiers volumineux. Enfin, les appels ont un caractère « focalisateur », en ce qu'ils s'attachent à des questions particulières plutôt qu'à l'ensemble de l'affaire.

### **Définition des titulaires des droits garantis par l'article 23**

[192] Pour les motifs que j'exposerai plus loin dans le présent jugement, je suis d'accord pour dire que le fait d'inclure les non-ayants droit dans l'analyse du nombre d'élèves potentiels constitue une erreur de droit. J'estime toutefois que cette erreur n'a pas d'incidence sérieuse sur le résultat.

### **Défaut de répondre aux lettres**

[193] Dans son analyse de la preuve présentée au sujet des effectifs cibles, la juge de première instance a mentionné la correspondance des parties au sujet des documents dans lesquels les intimés exposaient leur position, en l'occurrence *Vision 20-20* et *L'Égalité des chances, l'égalité des résultats*. Elle a fait observer que les appelants n'avaient fourni aucune communication écrite contestant la position des intimés. Elle a fait observer, au paragraphe 663, que, si les défendeurs s'opposaient à ces chiffres, il leur incombait de prendre des mesures pour clarifier le nombre

d'ayants droit à Yellowknife. Aux paragraphes 49 à 53, les juges majoritaires affirment que, ce faisant, la juge de première instance a « perdu de vue » la charge de la preuve et a tenu compte des renseignements non pertinents. Les juges majoritaires concluent que cette erreur de droit mine la déférence – sans toutefois la détruire complètement – à laquelle les conclusions de faits qu'elle a tirées auraient autrement droit. Je n'interprète pas les motifs de la juge de première instance de la même manière. Plus tôt dans son analyse du nombre d'élèves éventuels, elle a clairement reconnu que la charge de la preuve reposait en tout temps sur les intimés. Voici ce qu'elle écrit, au paragraphe 657 :

La preuve présentée par les demandeurs n'établit pas avec une précision chirurgicale le nombre d'enfants visés par l'article 23 qui habitent à Yellowknife. Comme n'importe quel demandeur dans un recours juridique **ils ont le fardeau d'établir leur droit aux mesures de redressement qu'ils recherchent, ce qui, dans le cas d'un recours fondé sur l'article 23, inclut l'établissement de la justification par le nombre.** (Le caractère gras est de moi.)

[194] Lorsqu'on la situe dans le contexte de toute son analyse, j'estime que l'observation isolée ne démontre pas que la juge de première instance avait perdu de vue la charge de preuve applicable en ce qui concerne la question ultime d'établir si le nombre justifiait l'agrandissement de l'école. Elle faisait simplement observer que des éléments de preuve n'avaient pas été présentés, ce qui correspond exactement à ce que la Cour suprême du Canada a fait dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, où au paragraphe 33, la Cour a déclaré que la preuve était suffisante pour justifier la conclusion tirée par le juge de première instance en ce qui concerne le nombre potentiel d'élèves « **vu en particulier qu'aucun élément de preuve n'a été produit pour la réfuter** ». La Cour a également déclaré, au paragraphe 34:

Même si les demandeurs doivent établir leurs droits en vertu de l'art. 23, y compris la justification par le nombre, il n'est pas possible pour les titulaires d'un droit de minorité d'obtenir des renseignements plus précis et plus complets sur les prévisions d'inscriptions que ceux présentés en l'espèce, pas plus qu'il n'est raisonnable de leur en demander plus. La province a l'obligation de promouvoir activement des services éducatifs dans la langue de la minorité et d'aider à déterminer la demande éventuelle. Cette obligation est en fait incluse à l'al. 7(1)b) de la *School Act* et a été reconnue par le *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Man.)*, précité, aux pp. 862 et 863. **La province ne peut pas se soustraire à son obligation constitutionnelle en invoquant une preuve numérique insuffisante, surtout si elle n'est pas prête à faire ses propres études ni à recueillir et présenter d'autres éléments de preuve sur la demande connue et éventuelle.** (Le caractère gras est de moi.)

### **Le sondage contesté**

[195] Aux paragraphes 54 à 58, les juges majoritaires contestent également la façon dont la juge de première instance a examiné la question de savoir si le gouvernement aurait dû faire son propre sondage pour justifier le nombre d'élèves s'il contestait les chiffres avancés par les intimés. Les juges majoritaires concluent qu'il s'agissait là d'une erreur étant donné que le défaut des appelants de mener leurs propres études ne constituait ni un élément de preuve ni un facteur pertinent pour évaluer la preuve. Cette erreur aurait miné les conclusions de fait de la juge de première instance. Je n'aborde pas les motifs de la juge de première instance sous le même angle. Elle a examiné la preuve et, pour ce faire, a formulé des observations au sujet des échanges entre les parties. Si elle a accordé du poids à cet aspect, ce poids était minime. Et, en tout état de cause, ses observations s'appuyaient sur l'extrait de l'arrêt *Arsenault-Cameron* précité. À mon avis, elle reprenait seulement à son compte l'opinion de la Cour suprême suivant laquelle le gouvernement ne peut invoquer un argument en invoquant une preuve numérique insuffisante s'il n'est pas prêt à présenter d'autres éléments de preuve.

### **Les plans de la Phase 2**

[196] Les juges majoritaires critiquent également l'analyse que la juge de première instance a faite des plans relatifs aux travaux de Phase 2 de l'école. Ils citent le passage suivant du jugement de première instance, au paragraphe 798 :

Pour moi, la position avancée par les Défendeurs à ce procès, à l'effet que [sic] l'ÉASC est adéquate pour combler les besoins de la minorité francophone à Yellowknife, est quelque peu incompatible avec ce qu'ils ont fait valoir au gouvernement fédéral dans les négociations concernant le financement de la Phase 2. Il me semble aussi que cette position est incompatible avec leur engagement de faire préparer les plans schématiques pour la Phase 2. Il me semble logique de conclure que, surtout faisant face à beaucoup de besoins en infrastructure et un budget limité, l'engagement de ressources dans cette planification, et les efforts auprès du gouvernement fédéral pour obtenir une contribution financière au projet, signale une reconnaissance du besoin d'agir.

[197] Les juges majoritaires estiment que ce raisonnement est intrinsèquement contradictoire et affirment, au paragraphe 64: « Même si la préparation de plans schématiques pour la Phase 2 démontre une ouverture ou une volonté de construire ces installations additionnelles, cela n'équivaut pas à une admission qu'ils sont exigés par la Constitution. » Ils affirment ensuite au paragraphe 66: « Cette erreur sur le plan de l'analyse mine davantage les conclusions que la juge de première instance a tirées de la preuve. »

[198] Il importe de situer dans son contexte l'analyse que la juge de première instance fait des plans de la Phase 2. L'examen qu'en fait la juge de première instance se trouve dans son analyse de la réparation loin après les conclusions qu'elle tire sur la question de savoir si le nombre

justifie l'agrandissement de l'école. On la trouve sous la rubrique « Les dommages-intérêts ». Les intimés réclamaient des dommages-intérêts en raison des retards causés par ce qu'ils affirmaient être la méthode conservatrice et minimaliste des appelants. Les intimés fondaient leur argumentation sur les plans de la Phase 2. La juge de première instance a conclu qu'il n'était pas indiqué de prononcer une ordonnance condamnant les appelants à des dommages-intérêts (au par. 806). Si le passage précité est entaché d'une erreur sur le plan de l'analyse, cette erreur n'a manifestement pas eu d'incidence sur les conclusions tirées par la juge de première instance en ce qui concerne les dommages-intérêts et encore moins sur ses conclusions quant à l'agrandissement de l'école. À mon avis, les critiques formulées par la majorité sur ce point étaient injustifiées et formulées hors contexte et ne devraient pas avoir d'incidence sur la norme de contrôle.

### **Preuve statistique et témoignage d'experts**

[199] Pour déterminer si le nombre justifiait l'agrandissement de l'école, la juge de première instance s'est fiée au témoignage d'expert de M. Rodrigue Landry, qui s'est notamment dit d'avis que les données du recensement de 2006 ne tiennent pas compte de l'ensemble des ayants droit de Yellowknife et qu'il fallait par conséquent les rajuster.

[200] Monsieur Landry est titulaire d'un Ph. D. en psychologie de l'éducation. Parmi ses champs de compétence, mentionnons la psychologie de l'éducation, la sociolinguistique, la sociologie du langage et la psychologie sociale. Il a été reconnu compétent pour témoigner comme expert dans les domaines de la vitalité ethnolinguistique, de l'autonomie culturelle et de ses facteurs de revitalisation, du rôle de l'éducation dans la vitalité d'une communauté culturelle, des statistiques démo-linguistiques, de la pédagogie en milieu minoritaire, et des facteurs contribuant à la construction identitaire d'un élève au sein de la communauté francophone. Il s'est dit d'avis que les données du recensement n'étaient pas fiables parce qu'elles estimaient le nombre des enfants des ayants droit en se fondant sur un seul critère, en l'occurrence la langue maternelle des parents. Les données du recensement ne tenaient pas compte des deux autres critères de l'article 23: l'instruction au niveau primaire des parents ou la fréquentation d'une école francophone par les frères ou sœurs de leurs enfants. Compte tenu de ces lacunes, M. Landry a estimé qu'il était justifié d'augmenter de 20 p. 100 les données du recensement ce qui portait à 294 le nombre d'élèves pouvant se prévaloir de l'accès à l'école.

[201] Le jugement des juges majoritaires critique l'ampleur des domaines au sujet desquels le tribunal a permis à M. Landry de témoigner, notamment le fait que la juge de première instance lui a permis de donner son opinion sur ce qui constituait des points de droit. Aucun moyen d'appel n'a été invoqué sur ce point et je ne vois aucune raison de formuler des observations à ce sujet. De plus, je ne partage pas l'opinion de la majorité suivant laquelle le témoignage de l'expert sur la portée de l'article 23 a « détourné l'attention » de la juge de première instance de manière à l'empêcher de tirer des conclusions raisonnables au sujet des principes constitutionnels applicables et les faits qui lui ont été présentés. Comme je l'expliquerai plus loin, elle a bien interprété et appliqué le droit.

### Écoles de comparaison

[202] Les juges majoritaires sont d'accord pour dire qu'il y a lieu de faire preuve de déférence envers le choix d'écoles de comparaison retenues par la juge de première instance. Ils estiment toutefois que la juge de première instance a accordé une importance excessive au choix des deux écoles secondaires anglophones compte tenu de leur population étudiante beaucoup plus élevée.

[203] La juge de première instance a accepté le témoignage du témoin expert présenté par les intimés, M. Lee Kubica. Il a comparé les infrastructures et les programmes des différentes écoles de Yellowknife. Monsieur Kubica était conseiller pédagogique de 2008 à 2010 et avait déjà été sous-ministre adjoint des écoles publiques et directeur général et directeur des programmes au Yukon. Il a expliqué que lorsqu'on comparait l'École Allain St-Cyr au deux écoles secondaires anglophones à Yellowknife – l'École Sir John Franklin et l'École St. Patrick —, l'École Allain St-Cyr, qui comptait une population de 110 élèves au moment du procès, disposait de très peu d'espace pour des classes spécialisées comme la musique, les sciences et les arts industriels. Il a conclu que l'École Allain St-Cyr souffrait d'une pénurie en ce qui concerne plusieurs importantes installations d'enseignement. Il a également souligné le fait qu'il n'y avait pas de gymnase, ce qui avait évidemment un impact sur les cours d'éducation physique et sur les activités parascolaires et intramurales des élèves de l'École Allain St-Cyr. Compte tenu du fait que l'éducation physique est un cours obligatoire si l'on veut obtenir un diplôme, le fait ne pas avoir accès à un gymnase faisait en sorte qu'il était pratiquement impossible de satisfaire aux exigences du programme d'études de l'Alberta.

[204] Monsieur Kubica a expliqué que le gouvernement appliquait une équation purement mathématique pour déterminer sa répartition des espaces dans les écoles. Se fondant sur le document intitulé NWT Schools — Capital Standards and Criteria (juillet 2005), il a fait observer que plus le nombre attendu d'inscriptions dans une école est élevé, plus il y a d'espace alloué à cette école. Ainsi, quand le nombre d'élèves attendus est élevé, plus grande est la flexibilité pour la création d'espaces pouvant être qualifiés de spécialisés. De plus, on accorde moins d'espace aux élèves du niveau primaire qu'à ceux du niveau secondaire. Monsieur Kubica a expliqué que le document intitulé NWT Schools -Capital Standards and Criteria ne reflète pas adéquatement les besoins des populations étudiantes plus petites parce que les exigences relatives aux bâtiments ne tiennent pas compte des besoins en matière de programmation de l'ensemble des écoles secondaires. Il a fait observer que l'École Allain St-Cyr est un bon exemple de cette lacune compte tenu de l'insuffisance de salles de classes régulières et de l'insuffisance de salles de classe spécialisées.

[205] La juge de première instance a fait observer que même les éléments de preuve présentés par le gouvernement au sujet d'autres écoles accueillant des niveaux de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année, dont le niveau de fréquentation est comparable, en Alberta, en Saskatchewan et au Manitoba permettaient de conclure que l'École Allain St-Cyr souffrait d'une pénurie en ce qui concerne plusieurs des installations dont elle avait besoin. Sur les six écoles examinées par l'expert du gouvernement, M. Kindt, cinq avaient leur propre gymnase, quatre avaient des

laboratoires d'informatique et une avait une salle pour l'enseignement des arts industriels tandis que deux avaient accès à une classe d'arts ménagers.

[206] Les juges majoritaires déclarent au paragraphe 72 qu'« en réalité, il n'y avait pas vraiment de véritables écoles de comparaison » et que les écoles anglophones ne sont pas des comparateurs appropriés. Je ne suis pas de cet avis. En premier lieu, il y a lieu de faire preuve de déférence envers cette conclusion de fait tirée par la juge de première instance. Bien que les juges majoritaires puissent être en désaccord avec le choix fait par la juge de première instance, on ne peut pour autant qualifier ce choix de déraisonnable. De plus, l'approche suivie par la majorité est rigide et simpliste. Le problème que comporte cette méthode est qu'il se peut qu'il n'existe jamais de comparateur idéal, comme la présente affaire le démontre bien. De plus, la Cour suprême a expressément déclaré qu'on doit éviter de définir une formule d'application rigide pour l'article 23 (*Mahe*, p. 386). La juge de première instance s'est demandé si l'École Allain St-Cyr garantissait une **égalité réelle** aux élèves de la population minoritaire. Sous cet angle, elle a entrepris une analyse nuancée qui tenait également compte des infrastructures dont disposait la population majoritaire et elle a utilisé les écoles anglophones comme comparateur. Cette méthode concorde parfaitement avec la jurisprudence de la Cour suprême, qui déclare, aux p. 385 et 386 de l'arrêt *Mahe* :

À mon avis, l'expression « nombre suffisant pour justifier » ne donne pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être l'enseignement et les établissements appropriés (compte tenu des considérations susmentionnées) dans chaque situation donnée. La norme devra être précisée, avec le temps, **par l'examen des faits propres à chaque situation soumise aux tribunaux, mais, en règle générale, l'analyse doit se fonder sur les fins de l'art. 23. En particulier, le caractère réparateur de l'art. 23 est important, car il indique que l'article ne vise pas à garantir simplement le statu quo.**

**Il faut donc tenir compte de plusieurs facteurs subtils et complexes qui dépassent le simple calcul du nombre des élèves.**

[...]

La multitude des circonstances que les tribunaux pourront être appelés à examiner montre pourquoi il faut éviter de définir une formule d'application rigide pour l'art. 23.

[207] Le choix des écoles de comparaison de la juge de première instance visait à faire ressortir les lacunes pédagogiques dont souffrait l'école de la minorité linguistique de Yellowknife. Lorsqu'on examine les besoins pédagogiques des élèves dans la langue de la minorité, on constate qu'il y a en un sens deux dimensions. À un niveau, on devrait accorder aux élèves les mêmes occasions que ceux dont bénéficient les élèves dans la langue majoritaire. Si, dans une matière essentielle comme les sciences, le programme d'étude exige que l'on procède à des

expériences, les élèves devraient avoir accès à un laboratoire de science. Afin de préparer les élèves pour leur avenir, il est important de les exposer à diverses options: la science domestique, l'informatique et la technologie ainsi que les arts industriels. Le programme d'études des Territoires du Nord-Ouest exige 150 minutes d'éducation physique par semaine. La plupart des établissements scolaires, dont les écoles de comparaison proposées par le gouvernement, sont dotés de gymnases.

[208] Le second aspect est propre à l'enseignement dans la langue de la minorité. Il s'agit de la dimension linguistique et culturelle. La preuve sur cette question provenait principalement de M. Landry. Il a souligné l'importance d'une école pour la vitalité d'une communauté linguistique minoritaire. Il a déclaré que « même si l'école est une institution publique, pour les jeunes qui la fréquentent, les contacts langagiers à l'école agissent comme un prolongement de ce qui se passe dans la sphère privée et ont un effet d'abord et avant tout sur la construction identitaire et sur la compétence langagière ». Essentiellement, l'école est la pierre angulaire de la complétude institutionnelle de la minorité linguistique. Elle contribue à forger les « frontières identitaires » du groupe minoritaire et lui permet de prendre en charge son développement communautaire. L'homogénéité est également importante. Par conséquent, le fait de devoir se rendre dans une école anglophone pour suivre certains cours nuit au processus pédagogique.

[209] Ce deuxième aspect est exprimé dans le rejet, par la Cour suprême, de la conception de l'égalité formelle, au paragraphe 31 de l'arrêt *Arsenault-Cameron* :

[...] L'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23.

[210] La juge de première instance a examiné les écoles de comparaison pour déterminer si les élèves de l'École Allain St-Cyr étaient systématiquement désavantagés. Elle a répondu par l'affirmative à cette question. La comparaison révélait des écarts flagrants entre les services offerts aux élèves de l'École Allain St-Cyr et ceux offerts aux élèves des écoles de la langue de la majorité. Les élèves de l'École Allain St-Cyr n'ont ni gymnase, ni laboratoire de science attitré au niveau secondaire, ni salle de musique, ni théâtre, ni espace adéquat pour l'enseignement des arts ménagers, ni l'installation convenable pour l'enseignement des arts industriels comme la mécanique, la menuiserie ou la soudure. En comparaison, les élèves de l'École Sir John Franklin et ceux de l'École St. Patrick disposent d'un grand gymnase et d'espaces attitrés pour l'enseignement des arts industriels, des arts ménagers, des arts et de la musique. Les élèves de l'École Sir John Franklin ont accès à une grande salle de spectacle rattachée à l'école. Les deux écoles secondaires anglophones disposent de laboratoires de science, d'espaces où les élèves peuvent se rassembler et travailler et d'espaces de travail pour les élèves qui ont des besoins spéciaux. Il n'y a pas de classe à niveau multiple dans ces deux écoles.

[211] Après avoir résumé les installations générales disponibles pour les écoles primaires, intermédiaires et secondaires à Yellowknife, la juge de première instance a conclu qu'il était clair que, tant au niveau des espaces que de la programmation, il existait des différences importantes entre ce qui était disponible dans les écoles de la majorité anglophone et ce qui était offert aux élèves de l'École Allain St-Cyr. Je ne vois aucune raison de modifier ces conclusions de fait.

## 2. Application du critère

[212] Pour déterminer si le nombre d'élèves justifiait l'agrandissement de l'école, la juge de première instance a employé le critère élaboré dans l'arrêt *Mahe*, qui est résumé au paragraphe 32 de l'arrêt *Arsenault-Cameron*: « [L]e nombre de personnes qui se prévaudront éventuellement du service, c'est-à-dire un nombre se situant approximativement entre la demande connue et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service. » Je suis d'accord avec les juges majoritaires qu'il s'agit du critère actuellement applicable.

[213] La juge de première instance a conclu que la capacité de l'École Allain St-Cyr devait être augmentée pour accueillir 250 élèves. Ce nombre se chiffrait entre la demande connue (110 élèves inscrits à la date du procès et le nombre total d'élèves qui était susceptible de se prévaloir du service (350 – les effectifs cible). Les éléments de preuve sur les effectifs cibles provenaient principalement de deux sources: les données du recensement de 2006 qui indiquaient qu'il y avait 245 enfants d'âge scolaire dont au moins un parent dont la langue maternelle est le français et le témoignage d'expert de M. Rodrigue Landry. La juge de première instance a accepté le témoignage de M. Landry suivant lequel les résultats du recensement devaient être haussés de 20 p. 100 parce que le recensement ne tenait compte d'un seul des critères d'admissibilité prévus à l'article 23 (la langue maternelle des parents). Elle a rajusté de nouveau à la hausse les chiffres pour tenir compte: 1) du fait que les résultats des données du recensement ne permettent pas d'identifier un enfant vivant dans une famille monoparentale avec un parent anglophone, mais dont l'autre parent serait francophone; 2) du manque de fiabilité des résultats du recensement compte tenu de l'absence de stratification des échantillons selon la langue et le système d'arrondissement aléatoire des chiffres.

[214] La juge de première instance a également conclu que le nombre devait être augmenté pour tenir compte des élèves potentiels qui n'étaient pas expressément visés par l'article 23, mais qui pourraient accéder au programme selon la politique d'admission du conseil scolaire. Elle a estimé que, vu l'ensemble de la preuve, des effectifs cibles raisonnables pour l'École Allain St-Cyr devaient être de 350. Elle s'est donc dissociée de l'avis de M. Landry suivant lequel les effectifs cibles devaient être fixés à 400. La conclusion de la juge de première instance est énoncée aux paragraphes 671 à 674 de ses motifs :

À mon avis, les données de Statistiques Canada offrent un bon point de départ pour évaluer le nombre d'ayants droit à Yellowknife, mais je conclus,

contrairement à ce que les Défendeurs prétendent, que leur fiabilité est limitée, et qu'il y a lieu, en les utilisant, de les réviser à la hausse.

Le Dr. Landry, dont j'accepte l'opinion (aucune preuve n'a d'ailleurs été présentée le contredisant sur ce sujet), estime, au départ, qu'il faut ajouter 20 % au chiffre du recensement pour tenir compte des 2 catégories de l'article 23 qui échappent au recensement. Appliquant cette formule, le nombre d'enfants d'âge scolaire qui auraient au moins un parent ayant droit passe de 245 à 294.

**Ceci ne tient pas compte des autres facteurs qui ont été mentionnés qui peuvent affecter la fiabilité des résultats, ni de la clientèle potentielle qui ne serait pas spécifiquement visée par l'article 23, mais qui pourrait avoir accès au programme en vertu de la politique d'admission de la CSFTN-O.** Il me semble donc raisonnable de réviser le chiffre légèrement à la hausse. Le chiffre avancé par le Dr. Landry est de 400, mais à mon avis il est peut-être un peu trop optimiste.

Je conclus, à la lumière de l'ensemble de la preuve, que l'effectif cible raisonnable du programme d'enseignement en français pour l'ÉASC à Yellowknife se chiffre à environ 350 enfants. (Le caractère gras est de moi.)

[215] Mes collègues concluent que la conclusion finale de la juge de première instance suivant laquelle la capacité de l'école devait être augmentée pour accueillir 250 élèves est indéfendable, et ce, pour deux raisons: (1) elle est fondée sur une gamme inacceptable; (2) elle est conjecturale. Je vais les examiner à tour de rôle.

### **Gamme inacceptable**

[216] Dans le jugement connexe *Hay River*, nous avons conclu que la Directive ministérielle était constitutionnelle et que, par conséquent, la politique du conseil scolaire d'admettre des non-ayants droit ne s'appliquait plus. Mes collègues ont également explicité cette conclusion dans leurs motifs. Lorsque M. Landry a témoigné au sujet des effectifs cibles, il a tenu pour acquis que des élèves non-ayants droit seraient admis et la juge de première instance a accepté ce témoignage, commettant ainsi une erreur. La majorité conclut que les conclusions de fait tirées par la juge de première instance au sujet du nombre sont « entachées d'une erreur de droit fondamentale qui commande notre intervention » et que l'extrémité supérieure de la gamme (les élèves susceptibles de se prévaloir du service) aurait dû être de 294 et non de 350.

[217] La juge de première instance a conclu que selon les données du recensement majorées de 20 p. 100, il y avait 294 enfants d'âge scolaire avec au moins un parent ayant droit. En tenant compte des problèmes statistiques propres au recensement **et** de l'admission des élèves autorisés, elle a fixé à 350 les effectifs cibles, c'est-à-dire 56 élèves de plus. Les juges majoritaires tiennent pour acquis que les 56 élèves seraient tous des non-ayants droit, mais ce n'est pas ce qu'a dit la

juge de première instance. Pour arriver au nombre de 56 élèves de plus, elle a tenu compte d'un nombre estimatif de non-ayants droit et d'un nombre tenant compte des « autres facteurs qui ont été mentionnés qui peuvent affecter la fiabilité des résultats » (au par. 673). Bien qu'elle ne précise pas ces facteurs au paragraphe 673, elle les avait abordés plus tôt dans ses motifs. Monsieur Denis a parlé de facteurs sociologiques qui pouvaient mener à une sous-identification des ayants droit (au par. 648). Monsieur Landry faisait aussi remarquer que le recensement ne permet pas d'identifier un enfant issu d'un couple exogame qui vit, suite à une séparation, avec son parent anglophone. Il considérait que ceci pouvait être significatif dans une communauté comme celle de Yellowknife où le taux d'exogamie est très élevé (au par. 649). Messieurs Landry et Denis donnent d'autres raisons qui, selon eux, peuvent contribuer à fausser les résultats du recensement, comme l'absence de stratification des échantillons selon la langue, et le système d'arrondissement aléatoire des chiffres (au par. 650). Par conséquent, nous ignorons le nombre exact d'élèves que la juge de première instance a attribué à la politique d'admission sur autorisation du conseil scolaire.

[218] Toutefois, même en tenant compte des erreurs d'inclusion d'élèves admis sur autorisation, j'estime qu'il ne s'agit pas là d'une erreur dominante. Le fait de tenir compte de certains non-ayants droit ne modifierait pas nécessairement le résultat. La Cour suprême a constamment répété que la recherche d'un nombre n'est pas une science exacte. Voici ce qu'elle déclare à la page 385 de l'arrêt *Mahe*:

[L]'expression « nombre suffisant pour justifier » ne donne pas aux tribunaux une norme explicite dont ils peuvent se servir pour déterminer quels doivent être l'enseignement et les établissements appropriés (compte tenu des considérations susmentionnées) dans chaque situation donnée. La norme devra être précisée, avec le temps, par l'examen des faits propres à chaque situation soumise aux tribunaux, mais, en règle générale, l'analyse doit se fonder sur les fins de l'art. 23. En particulier, le caractère réparateur de l'art. 23 est important, car il indique que l'article ne vise pas à garantir simplement le statu quo.

[219] Même en acceptant l'argument des appelants suivant lequel la juge de première instance n'aurait pas dû augmenter de 294 à 350 le nombre d'élèves, j'estime que cela a eu très peu d'incidence sur le résultat, étant donné que le chiffre final important est celui se situant entre la demande connue et les effectifs cibles, que la juge de première instance a fixé à 250. Elle aurait pu en arriver à ce chiffre même si elle avait conclu que les effectifs cibles étaient de 294, étant donné que le chiffre de 250 « se situant » entre la demande connue et le nombre d'élèves qui auraient accès à l'école.

### **Conclusion non étayée**

[220] Les juges majoritaires concluent que les conclusions de la juge de première instance commandent peu de déférence parce qu'elle n'a pas suffisamment motivé son choix du chiffre de 250. Ils ont également estimé qu'il n'y avait actuellement pas de problème de capacité brute à l'école et que, par conséquent, le gouvernement s'était acquitté des obligations constitutionnelles

que lui imposait l'article 23. Au paragraphe 110, les juges majoritaires citent des éléments de preuve démontrant que le ratio élèves-professeurs est plus élevé à l'École l'École Allain St-Cyr que dans les autres écoles des Territoires du Nord-Ouest et que l'École Allain St-Cyr fonctionne à 69 p. 100 de sa capacité pour affirmer que rien au dossier ne permet raisonnablement de conclure qu'il existe « un nombre important de titulaires des droits garantis par l'article 23 qui attendent dans les coulisses pour faire augmenter le nombre actuel d'élèves inscrits de 110 à la capacité exigée de 250 ». Je reconnais qu'il n'y avait aucun élément de preuve permettant de penser que des titulaires de droits garantis par l'article 23 s'étaient vus refuser l'admission à l'école. Il ne s'agit toutefois pas du critère pertinent exigé par la Cour suprême.

[221] Les juges majoritaires affirment que le critère de la « justification par le nombre » s'applique toujours en l'espèce, mais j'estime que la façon dont ils ont appliqué ce critère s'est traduite par un critère différent qui repose uniquement sur la capacité brute et la demande actuelle.

[222] Les juges majoritaires affirment qu'il incombait aux intimés de démontrer que le nombre de titulaires des droits garantis par l'article 23 justifiait le prononcé d'une ordonnance forçant l'appelante à construire d'autres installations. La majorité conclut que le nombre actuel d'élèves inscrits est de 110 dans une école ayant une capacité de 160, de sorte que la juge de première instance a commis une erreur en concluant qu'une « capacité supérieure à la capacité de 160 actuelle est justifiée aujourd'hui ». Mes collègues concluent également ce qui suit au paragraphe 114:

La capacité actuelle de l'école est de 160 élèves, compte tenu d'une marque de croissance de plus de 25 p. 100. Il n'y a pas de problème de capacité brute. Rien ne permet de penser qu'il existe actuellement une demande potentielle non satisfaite ou qu'il y en aura une dans un avenir prévisible. Suivant le dossier, rien ne justifie de fixer une « capacité » artificielle (160, 250 ou autre) pour ordonner ensuite au gouvernement de construire une école en fonction de cette norme abstraite. Ce dont nous avons besoin en l'espèce, c'est d'examiner les installations précises qui manqueraient et d'ordonner ensuite de fournir ces installations, indépendamment de toute « capacité » abstraite.

[223] À mon avis, la capacité abstraite ou « artificielle » à laquelle les juges majoritaires font allusion est le chiffre se situant entre « la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service », ce qui est précisément le critère exigé par la Cour suprême.

[224] Les juges majoritaires insistent sur le fait qu'il n'y a pas de problème de capacité brute et que rien ne permet de penser qu'il n'y a pas de demande potentielle non remplie. Le problème que pose le fait d'insister sur la « capacité brute » est qu'on ignore la demande potentielle. Dans l'arrêt *Mahe*, la Cour suprême a rejeté cette approche qui ne repose que sur la demande existante en expliquant ce qui suit, à la page 384 :

Que doivent prendre en considération les tribunaux qui étudient la question de la « justification par le nombre » – la demande actuelle, la demande potentielle, ou autre chose? Les appelants font valoir que la demande existante de services francophones n'est pas un indicateur fiable parce que la demande en matière de services suit dans une certaine mesure la prestation du service lui-même. Par ailleurs, l'intimée soutient que les tribunaux ne peuvent pas simplement utiliser comme mesure le nombre total d'élèves pouvant être visés par l'art. 23, parce qu'il est très improbable que tous ces élèves se prévalent d'un service envisagé. Ces deux arguments ont du poids; c'est pourquoi la méthode que je propose est un moyen terme entre les deux positions exprimées. À mon sens, le chiffre pertinent aux fins de l'art. 23 est le nombre de personnes qui se prévaudront en définitive du programme ou de l'établissement envisagé. Il sera normalement impossible de connaître le chiffre exact, mais on peut en avoir une idée approximative en considérant les paramètres dans lesquels il doit s'inscrire – la demande connue relative au service et le nombre total de personnes qui pourraient éventuellement se prévaloir du service.

[225] De plus, je ne suis pas d'accord avec les juges majoritaires pour dire que rien n'établit l'existence d'une demande potentielle non remplie. Cette preuve est « incorporée » dans la fourchette supérieure du critère de la Cour suprême, qui est de tenir compte du nombre d'élèves potentiels qui pourraient se prévaloir de l'accès à l'école (294 selon la majorité ou 350 suivant la juge de première instance). Les juges majoritaires cherchent des éléments de preuve qu'on ne peut-être pas obtenir. Dans le passage précité, la Cour suprême déclare dans les termes les plus nets que le nombre d'élèves pertinents qui se prévaudra éventuellement du programme ou de l'installation envisagée sera nécessairement « abstrait ». Cela s'explique sûrement par le fait qu'il existe des variables inconnues qui justifient l'argument suivant lequel « une fois l'école construite, les élèves viendront » ainsi que l'argument suivant lequel ce ne sont pas tous les ayants droit qui fréquenteront des établissements dans lesquels le français est la langue première d'enseignement, et ce, peu importe à quel point ces établissements sont adéquats.

[226] L'approche suivie par la majorité représente une application uniforme des normes gouvernementales. La Cour suprême a constamment déclaré que l'on doit écarter toute vision formaliste de l'égalité. Tant dans l'arrêt *Mahe* que dans l'arrêt *Arsenault-Cameron*, la Cour suprême a souligné que l'article 23 n'était pas neutre, mais qu'il visait à favoriser l'épanouissement des communautés de la langue de la minorité. L'article 23 a un caractère réparateur. Dans ces deux affaires ainsi que dans la jurisprudence subséquente, le concept de l'égalité formelle axé sur un traitement équivalent des groupes de langue officielle majoritaire et minoritaire a été expressément rejeté. La Cour suprême a déclaré ce qui suit, au paragraphe 31 de l'arrêt *Arsenault-Cameron*:

L'utilisation de normes objectives pour évaluer les besoins des enfants de la minorité linguistique principalement par référence aux besoins pédagogiques des

enfants de la majorité linguistique, ne tient pas compte des exigences particulières des titulaires des droits garantis par l'art. 23.

[227] L'article 23 repose sur le fait que l'égalité réelle exige que les minorités linguistiques officielles soient traitées différemment, au besoin, suivant leurs situations et leurs besoins particuliers afin de leur assurer un niveau d'éducation équivalent à celui de la majorité de langue officielle. C'est bien l'approche qu'a suivie la juge de première instance. Dans une certaine mesure, le « nombre » sera toujours approximatif, compte tenu des aléas de la demande. La juge de première instance était consciente des arguments de chacune des parties, du concept de l'égalité réelle et des éléments de preuve portant sur les installations dont disposaient les écoles de comparaison de la majorité. Je ne vois aucune raison de modifier son analyse.

### **3. Une ordonnance de construction d'autres installations est-elle « justifiée »?**

[228] Je suis d'accord avec les juges majoritaires pour dire que le nombre justifie un gymnase attitré. Un gymnase n'est pas seulement un lieu consacré à l'éducation physique. C'est un lieu communautaire et il s'agit à mon avis d'une réparation importante compte tenu des conclusions tirées par la juge de première instance.

[229] Quant aux autres réparations, je ne suis pas d'accord avec mes collègues pour dire que la juge de première instance avait l'obligation de se livrer à une analyse distincte fondée sur un critère variable pour chaque installation. Dans l'ensemble, son application du critère de l'arrêt *Mahe* à l'École était juste. La jurisprudence n'appuie pas la méthode préconisée par les juges majoritaires. Après examen de l'ensemble du dossier, la juge de première instance a conclu qu'il y avait certaines installations qui n'étaient pas justifiées par le nombre alors que d'autres l'étaient.

[230] Les juges majoritaires ont conclu que la juge de première instance avait commis une erreur en ordonnant la construction de certains espaces au lieu de respecter les choix effectués par le gouvernement pour remplir ses obligations constitutionnelles. Les appelants affirment qu'elle n'aurait pas dû rendre une ordonnance adaptative permettant au gouvernement de choisir la réparation convenable.

[231] Je conviens qu'il peut fort bien exister des situations dans lesquelles il y a lieu de partager des espaces selon le nombre d'élèves, leurs besoins pédagogiques et le coût des services. Toutefois, à mon avis, l'ordonnance prononcée par la juge de première instance est de nature réparatrice et commande la déférence. Ainsi que notre Cour l'a affirmé au paragraphe 56 de l'arrêt *Fédération Franco-Ténoise c Canada (Procureur général)*, 2008 NWTCA 05 :

[...] le paragraphe 24(1) de la *Charte* [...] donne à une cour supérieure un pouvoir discrétionnaire large et absolu d'accorder des réparations: *Doucet-Boudreau c. Nouvelle-Écosse (ministre de l'Éducation)*, 2003 CSC 62, [2003] 3 R.C.S. 3, au paragraphe 50 « *Doucet-Boudreau* », citant *Mills c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S.

863, à la page 965. Une partie qui veut contester une réparation peut le faire seulement si elle démontre que cette réparation n'est pas « convenable et juste eu égard aux circonstances »: *Doucet-Boudreau*, au paragraphe 50.

[232] La juge de première instance a rejeté l'argument du gouvernement que l'espace était suffisant et qu'il n'y avait qu'à procéder à certains réaménagements. L'expert du gouvernement, M. Kindt, a expliqué que la perception d'un manque d'espace résultait de la décision de rendre l'ancienne salle de classe maternelle disponible pour la garderie. Il a proposé que l'école récupère cet espace pour augmenter sa capacité. La juge de première instance a fait observer que cette façon d'aborder la question faisait abstraction d'un facteur très important, en l'occurrence le fait que l'édifice qui abritait l'École Allain St-Cyr avait à la fois une vocation scolaire et une vocation communautaire et que le gouvernement fédéral lui avait apporté une importante contribution financière.

[233] Selon la thèse défendue par les appelants tant au procès que devant notre Cour, la perception d'un manque d'espace à l'École Allain St-Cyr s'explique par sa faible population étudiante et que la solution aux « lacunes » résidait notamment dans le partage des installations. Or, la juge de première instance a écarté cette solution en concluant qu'elle défavorisait systématiquement les écoles de la minorité linguistique de deux manières. En premier lieu, l'insuffisance d'espaces alloués ne permettait pas la création de salles de classe spécialisées, de sorte qu'il fallait créer des salles à usages multiples et partager des installations. Cela créait un véritable cauchemar sur le plan logistique surtout lorsqu'il fallait servir des élèves de la maternelle à la 12<sup>e</sup> année. En second lieu, l'insuffisance des infrastructures nuisait à la rétention des élèves à l'École Allain St-Cyr, surtout lorsque les élèves entrent au niveau secondaire.

[234] Les juges majoritaires ont fortement tablé sur la conclusion que la juge de première instance a tirée au paragraphe 626 suivant laquelle les intimés n'avaient pas démontré que l'insuffisance des installations était la principale raison du départ des élèves de l'École Allain St-Cyr au cours du secondaire. Cette conclusion découlait plutôt de la décision de la juge de première instance suivant laquelle le témoignage des parents et des enseignants sur cette question constituait du oui-dire et il n'était donc pas admissible en preuve. Aucun élève n'a été appelé à témoigner. La juge de première instance a toutefois poursuivi en acceptant « l'opinion du Dr. Landry que la qualité des infrastructures est un facteur, parmi plusieurs autres, qui peut influencer le choix d'une école en milieu minoritaire » (au par. 627). Elle a fait observer que des éléments de preuve circonstancielle appuyaient cette opinion: les inscriptions avaient augmenté quand les salles de classe mobiles ont été remplacées par des salles de classe fixes et on avait constaté une stabilisation relative des effectifs du niveau secondaire après les travaux d'agrandissement de la Phase 1. Elle a conclu que ces éléments de preuve tendaient à démontrer que les infrastructures et les programmes faisaient partie des facteurs qui peuvent avoir une influence sur le recrutement et la rétention d'élèves (au par. 628). La preuve permettait à la juge de première instance d'en arriver à cette conclusion et elle n'a pas commis d'erreur en tirant cette inférence.

[235] La juge de première instance a conclu que la solution proposée par le gouvernement, en l'occurrence le partage des installations, méconnaissait la nature spéciale des écoles de la minorité linguistique, ajoutant que cette solution créait une inégalité systémique. Elle a fait observer que l'hypothèse erronée suivant laquelle les solutions applicables aux établissements scolaires de la majorité linguistique pouvaient également s'appliquer aux écoles de la minorité linguistique. Le recours à des espaces situés à l'extérieur de l'école a des incidences beaucoup plus néfastes sur les écoles de la minorité linguistique compte tenu de l'érosion de l'homogénéité linguistique du milieu scolaire. Elle a répété que, contrairement à la situation des petites écoles situées en milieu rural, les parents de Yellowknife ont le choix lorsqu'il s'agit d'envoyer leurs enfants à l'école et que l'insuffisance des infrastructures à l'École Allain St-Cyr avait contribué à la migration des élèves vers les établissements scolaires de la majorité linguistique.

[236] De plus, il y avait d'abondants éléments de preuve concernant les tentatives faites par le passé au sujet du partage d'espace, notamment en ce qui concerne le gymnase. La juge de première instance a conclu qu'au cours des 11 années précédentes, le partage d'espace n'avait pas bien fonctionné en pratique. La preuve lui permettait de tirer cette conclusion et sa décision commande la déférence.

[237] La juge de première instance a conclu qu'un jugement déclaratoire détaillé était nécessaire, étant donné que les intimés avaient formulé des demandes très précises et que la juge de première instance n'avait accepté que certaines d'entre elles. Comme je l'ai déjà expliqué, bien qu'une ordonnance adaptative portant notamment sur le partage d'espace aurait pu être élaborée, la juge de première instance a expressément déclaré que la preuve qui lui avait été soumise démontrait que cette solution n'avait pas fonctionné en pratique :

On ne peut pas simplement imputer cet échec, sur près de 11 années, à des conflits de personnalités [...] Sur 11 années, avec différents intervenants en place, il y a eu des problèmes de façon régulière. (Au par. 718.)

[238] La juge de première instance a accepté le témoignage de M. Landry au sujet de l'importance pour l'école d'avoir des espaces distincts. Elle a signalé l'érosion importante de l'homogénéité linguistique de l'école et le fait que ce degré d'érosion était énorme et inacceptable si les élèves de la minorité devaient, tous les jours ou presque, quitter l'environnement de l'école pour utiliser les espaces d'une école où la langue usuelle est celle de la majorité. Sa conclusion est également appuyée par l'arrêt *Mahe* de la Cour suprême, qui reconnaît l'importance des lieux physiques et des infrastructures pour répondre aux besoins culturels et linguistiques des communautés francophones:

[L]es écoles de la minorité servent elles-mêmes de centres communautaires qui peuvent favoriser l'épanouissement de la culture de la minorité linguistique et assurer sa préservation.

[...] [T]oute garantie générale de droits linguistiques, surtout dans le domaine de l'éducation, est indissociable d'une préoccupation à l'égard de la culture

véhiculée par la langue en question. Une langue est plus qu'un simple moyen de communication; elle fait partie intégrante de l'identité et de la culture du peuple qui la parle. (Aux p. 362 et 363.)

[239] Par conséquent, je conclus que le choix de réparation de la juge de première instance était raisonnable et commande la déférence.

### **III. Conclusion**

[240] J'accueillerais l'appel uniquement en ce qui concerne la décision de la juge de première instance d'accorder une réparation fondée sur l'article 24 de la *Charte* pour la garderie et la prématernelle et d'adjuger les dépens sur la base avocat-client. Je rejetterais l'appel sur tous les autres points et confirmerais l'ordonnance de la juge de première instance reproduite au premier paragraphe des présents motifs. Je rejetterais l'appel incident.

Appel instruit les 24 et 25 mars 2014

Motifs déposés à Yellowknife (Territoires du Nord-Ouest)  
ce 9 jour de janvier 2015

---

Autorisé à signer: La juge Rowbotham

**Comparutions:**

M<sup>es</sup> M. Faille, F. Baril et G. Régimbald  
pour les appelants

M<sup>es</sup> R.J.F. Lepage et F. Poulin  
pour les intimés