

NOTE DE RECHERCHE

**LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DE L'ÉTAT
POUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT**

Raphaëlle Groulx-Julien
sous la direction de Denis Lemieux

**Chaire de recherche du Canada en DROIT de l'environnement
Janvier 2010**

Avec l'appui de la Fondation commémorative C.D. Howe



Créée à l'automne 2002, la **Chaire de recherche du Canada en droit de l'environnement** (CRCDE) de la professeure Paule Halley de la Faculté de droit de l'Université Laval a pour objectifs:

- de participer au développement des connaissances juridiques en matière d'environnement et de développement durable,
- d'encourager le renforcement des lois et réglementations efficaces et de favoriser la formation dans le secteur du droit de l'environnement

Positionnée avantageusement entre les traditions juridiques anglo-saxonnes et romano-germaniques, la CRCDE se veut un carrefour de recherche multidisciplinaire sur les aspects juridiques internationaux, transnationaux et nationaux de la protection environnementale qui intéressent le Canada et le Québec.

Pour nous joindre :

Chaire de recherche du Canada en DROIT de l'environnement

Faculté de droit

Pavillon Charles-De Koninck,

1030, avenue des Sciences-Humaines

Local 5122-R

Université Laval

Québec, (Québec) G1R 7P4

Tél: (418) 656-2131 #3891

Courriel: crcde@fd.ulaval.ca

Site Web: <http://www.crcde.ulaval.ca>

LES OBLIGATIONS FIDUCIAIRES DE L'ÉTAT POUR LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT

INTRODUCTION

Témoignant des nouvelles préoccupations de la population mondiale, le droit de l'environnement s'est énormément développé au cours des dernières décennies, tant sur le plan international qu'au sein des États. Faisant preuve d'une ardeur toujours croissante, les juristes s'efforcent de découvrir les moyens juridiques les plus efficaces pour protéger la biosphère, qui souffre d'importantes dégradations. Nous ne reviendrons pas sur le contexte général de la nécessité de concevoir un système de protection de l'environnement efficace, cette question ayant déjà été largement développée les juristes, les scientifiques et les politiques. Nous nous attardons dans ce document à explorer un concept juridique qui pourrait s'ajouter à l'arsenal des instruments de protection de l'environnement. Il s'agit de la fiducie publique, notion qui n'est pas nouvelle en droit et qui a largement été discutée aux États-Unis, mais dont l'utilisation n'est pas encore courante en droit de l'environnement canadien. Coïncidence, elle nous est apparue à la lecture d'une décision concernant la gestion des ressources halieutiques au Canada, et c'est en effectuant des recherches que nous avons découvert son exploitation en droit de l'environnement étatsunien. Dans l'affaire qui nous a lancés sur cette piste, la Cour suprême du Canada juge que la *Loi sur les pêches*¹ confère à l'État un rôle de fiduciaire des ressources halieutiques dans l'intérêt de la nation canadienne. Elle ne se base que sur un article de cette loi qui traite des pouvoirs réglementaires du Ministre. Cette analyse est ensuite appliquée par les Cours fédérales dans des jugements subséquents, et est réaffirmée par la Cour suprême elle-même récemment. Nous voyons un potentiel très intéressant à cette obligation fiduciaire de l'État, car elle met en lumière les responsabilités de l'État dans la gestion des ressources. Elle offrirait la possibilité pour les citoyens, bénéficiaires de cette relation fiduciaire, d'intenter des poursuites judiciaires contre l'État afin de le forcer à agir dans l'intérêt de la ressource. L'obligation fiduciaire est un concept qui ne porte pas uniquement sur le droit de l'environnement, et cette

¹ *Infra*, note 40.

flexibilité est en partie ce qui constitue son intérêt : comme nous le verrons, ce type d'obligations n'est pas obligatoirement commandé explicitement par un texte législatif, et peut être identifiée à partir d'une relation juridique entre une partie plus forte ayant le contrôle d'éléments essentiels pour une partie plus faible. En poussant les recherches, nous constatons que l'idée d'attribuer à l'État une fonction de fiduciaire de ressources naturelles a non seulement été élaborée de longue date aux États-Unis, et a été étudiée dans d'autres régimes de common law à travers le monde, mais que même au Canada, cette idée d'État fiduciaire dans le contexte des ressources naturelles a fait son chemin. Dernièrement, la législature québécoise a même adopté une *Loi sur l'eau*² qui, selon nous, attribue implicitement un statut de fiduciaire à l'État³.

Nous avons donc l'intention, avec ce texte, d'explorer les documents doctrinaux, législatifs et jurisprudentiels qui traitent des obligations fiduciaires de l'État en ce qui a trait à l'environnement. Notre analyse débute avec l'œuvre de Joseph Sax, juriste étatsunien qui fut le premier à concevoir une théorie de la fiducie publique applicable en droit de l'environnement. Il la décrit comme un outil de démocratisation permettant aux citoyens de faire sanctionner par voie judiciaire les mauvais choix du législateur ou des pouvoirs exécutif et administratif. Nous en arrivons ensuite à la doctrine canadienne, qui s'est penchée sur les travaux étatsuniens, puis aux lois canadiennes dont il est reconnu par les tribunaux qu'elles confèrent implicitement ou explicitement une obligation fiduciaire à l'État. Finalement, nous examinons l'arrêt *Canfor* où, dans un *obiter dictum*, la Cour suprême du Canada a soutenu que le droit canadien devrait s'intéresser davantage à la théorie de la fiducie publique.

² *Loi affirmant le caractère collectif des ressources en eau et visant à renforcer leur protection*, 27, 1^{ère} session, 39^e législature, Québec, L.Q. 2009, c. 21 (adoptée unanimement le 11 juin 2009 et sanctionnée le 12 juin 2009, le préambule ainsi que les articles 1 à 17 sont entrés en vigueur par décret du gouvernement [708-2009, 26/2009] le 18 juin 2009), [Le titre abrégé de cette loi est la *Loi sur l'eau*.], en ligne : Ministère du Développement durable, de l'Environnement et des Parcs <<http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=5&file=2009C21F.PDF>>.

³ Raphaëlle Groulx-Julien, sous la direction de Denis Lemieux, « Les notions d'État gardien et d'État fiduciaire dans la *Loi sur l'eau* », note de recherche publiée dans les Cahiers de la CRCDE, Québec, septembre 2009.

Ce document se voulant un premier survol de la théorie de la fiducie publique et de ses ramifications possibles en droit canadien en matière de ressources naturelles, nous nous devons d'annoncer tout de suite qu'il laissera des questions en suspens. Il sera toutefois essentiel, dans l'avenir, de répondre à ces questions d'application de la théorie de fiducie publique. En effet, si, comme nous le pensons, le droit canadien est prêt à reconnaître à l'État des obligations fiduciaires en matière d'environnement, il restera à régler le problème fondamental de la justiciabilité de ces obligations : il faut s'assurer qu'elles sont de nature à être sanctionnées par les tribunaux, sans quoi le public n'aura qu'à se prononcer aux urnes. Il ne s'agit pas bien sûr de dénigrer les processus démocratiques, mais l'intérêt de la fiducie publique réside dans la possibilité de procéder par voie judiciaire, et d'offrir ainsi une avenue supplémentaire et plus directe aux citoyens souhaitant s'assurer de l'efficacité de la protection de l'environnement. Nous devons par ailleurs nous demander à quelles catégories de choses nous pouvons appliquer la théorie : uniquement aux choses communes, à celles relevant du domaine public, ou même aux choses privées? Il faudra également déterminer qui sont les bénéficiaires de ces obligations, donc qui peut prétendre avoir un intérêt pour agir devant les tribunaux, et de quels recours ces bénéficiaires disposeront. Moins essentielle mais toute aussi intéressante est la question de l'impact des accords internationaux ratifiés par l'État canadien sur la notion de bénéficiaire des obligations fiduciaires de l'État. La reconnaissance par le Canada de l'interdépendance des États en ce qui concerne l'environnement autoriserait-elle d'autres États ou même des citoyens d'autres États à instituer des recours judiciaires devant les juridictions canadiennes? Toutes ces questions, qui sont soulevées par ce texte, devront être étudiées ultérieurement. Pour l'instant, nous nous en tenons à la recension des textes permettant l'identification d'un devoir fiduciaire de l'État, et nous réservons la réflexion sur les conséquences judiciaires de ces obligations pour l'avenir.

1. ORIGINES DE LA THÉORIE DE LA FIDUCIE PUBLIQUE

Avant de nous pencher sur les obligations fiduciaires que le droit canadien a reconnues à l'État, nous devons comprendre les tenants et aboutissants de cette théorie. Ils sont

identifiés en premier lieu par le juriste étatsunien Joseph Sax qui, en 1970, publie un article traitant de l'utilisation de la notion de « public trust » pour protéger les ressources naturelles. Cet article figurant parmi les plus cités de la littérature juridique aux États-Unis⁴, on imagine aisément l'influence qu'il a eue et qu'il continue d'avoir aujourd'hui. Avec le temps, la notion d'État fiduciaire est intégrée à plusieurs législations étatsuniennes en droit de l'environnement. Certains auteurs canadiens considèrent que la notion de fiducie publique est plus difficile à cerner aux États-Unis⁵. En effet, les notions de droit invoquées ne permettent pas souvent aux parties de se pourvoir à la Cour suprême des États-Unis, qui a une compétence restreinte. Le contenu de la notion de fiducie publique pourra donc varier selon les États⁶. Il faut dire qu'au Canada, la tâche est simplifiée par le peu de retentissement qu'a eu jusqu'ici cette théorie, en dehors du milieu des juristes environnementalistes.

1.1 Assises de la théorie en common law

Sax remonte au droit romain pour trouver le concept fondamental à l'origine de la fiducie publique, c'est-à-dire le droit des individus dans des choses communes (ce qu'il appelle en anglais un « public right »). Parce que l'eau et l'air sont des éléments essentiels à la survie des êtres humains, le code de Justinien les qualifie des *res communes*, et instaure un droit d'accès à ces choses pour tous les individus. La provenance conceptuelle de ce principe est donc que chacun a un droit sur ce qui est essentiel à sa survie. L'eau et l'air ont depuis lors un statut particulier en droit européen.

L'idée de droit public d'accès à l'eau et au littoral subsiste donc en common law, avec toutefois une importante différence : en principe, en common law, toute chose doit appartenir à quelqu'un. C'est au Roi qu'est attribuée la propriété des choses sur lesquelles tous ont un droit d'accès. Mais il importe de mentionner que ce régime n'accorde pas au

⁴ Richard Delgado, « Trust Theory of Environmental Protection, and Some Dark Thoughts on the Possibility of Law Reform » (2003) 44 Vand. L. Rev. 1209, en ligne: Issues in Legal Scholarship <<http://www.bepress.com/ils/sax/>>.

⁵ Scott Kidd, « Keeping Public Resources in Public Hands: Advancing the Public Trust Doctrine in Canada » (2006) 16 J. Env. L. & Prac. 187 (WLeC).

⁶ John C. Maguire, « Fashioning an Equitable Vision for Public Resource Protection and Development in Canada: The Public Trust Doctrine Revisited and Reconceptualized » (1997) 7 J. Env'tl. L. & Prac. 1 (WLeC).

Roi les pouvoirs absolus qui sont généralement l'apanage du droit de propriété⁷. Le droit du Roi se heurte aux droits du public en ce qui concerne l'accès à l'eau et aux ressources halieutiques⁸.

Sax souligne dès le début de son article que rien ne laisse croire que les droits romain et anglais, bien qu'ils aient consacré des « droits publics », aient permis aux individus de les faire valoir par des procédures judiciaires⁹. La nature des obligations de la Couronne anglaise, ainsi que les pouvoirs exercés par elle-même et par le Parlement, sont plutôt confus, et cette confusion aurait été importée en droit étatsunien. En effet, si aux États-Unis, les tribunaux acceptent assez tôt l'idée que les actes de l'État par rapport à certaines ressources et propriétés étatiques devaient être plus étroitement surveillés, à cause du rôle fiduciaire de l'État par rapport aux biens sur lesquels le public avait des droits, ils ne se basent toutefois pas sur une théorie ou un courant doctrinal solide :

Other than the rather dubious notion that the general public should be viewed as a property holder, there is no well-conceived doctrinal basis that supports a theory under which some interests are entitled to special judicial attention and protection. Rather, there is a mixture of ideas which have floated rather freely in and out of American public trust law. The ideas are of several kinds, and they have received inconsistent treatment in the law¹⁰.

C'est pour remédier à cette lacune que Sax propose la théorie de la fiducie publique.

1.2 La fiducie publique en droit étatsunien

Parmi toutes les théories existantes, Sax se tourne vers celle de la fiducie publique, car selon lui, c'est celle qui incarne le mieux les trois principes sous-jacents de l'idée de « droit public » :

⁷ John C. Maguire, *supra*, note 6, explique que parallèlement à ces développements en Grande-Bretagne, qui sont à la base des théories de l'État fiduciaire aux États-Unis et au Canada, le même raisonnement a été suivi en France, et transposé en Nouvelle-France par la Coutume de Paris, laquelle a été maintenue dans la province de Québec par le Quebec Act de 1774 (cette loi britannique visait à contenter la population francophone catholique nouvellement conquise afin qu'elle ne soit pas tentée de se joindre aux États américains à l'heure de la guerre d'indépendance). Cela souligne le caractère universel de ce droit.

⁸ Barbara von Tigerstrom, « The Public Trust Doctrine in Canada » (1998) 7 J. Envtl. L. & P. 379 (WleC); Scott Kidd, *supra* note 5.

⁹ Joseph L. Sax, « The Public Trust Doctrine in Natural Resource Law : Effective Judicial Intervention » (1970) 68 Mich. L.R. 473 à la p. 475.

¹⁰ *Ibid.*, à la p. 484.

Certain interests are so intrinsically important to every citizen that their free availability tends to mark the society as one of citizens rather than of serfs.

Certain interests are so particularly the gifts of nature's bounty that they ought to be reserved for the whole of the populace.

Finally, there is often a recognition, albeit one that has been irregularly perceived in legal doctrine, that certain uses have a peculiarly public nature that makes their adaptation to private use inappropriate.

Of all existing legal doctrines, none comes as close as does the public trust concept to providing a point of intersection for the three important interests noted above. Certainly the phrase "public trust" does not contain any magic such that special obligations can be said to arise merely from its incantation; and only the most manipulative of historical readers could extract much binding precedent from what happened a few centuries ago in England. But that the doctrine contains the seeds of ideas whose importance is only beginning to be perceived, and that the doctrine might usefully promote needed legal development, can hardly be doubted.¹¹

Le précédent sur lequel l'auteur se fonde pour établir l'existence d'une fiducie publique aux États-Unis est *Illinois Central*¹², dans lequel la Cour déclare que l'État de l'Illinois a un devoir fiduciaire envers sa population, et ne peut contracter avec une partie privée d'une manière qui empêcherait la population d'avoir accès à une étendue d'eau qui était censée être à l'usage de tous, même en étant sous la gouverne de l'État. Le juriste résume ainsi le principe établi par la Cour au sujet de la fiducie publique :

[...] the Court articulated a principle that has become the central substantive thought in public trust litigation. When a state holds a resource which is available for the free use of the general public, a court will look with considerable scepticism upon *any* governmental conduct which is calculated *either* to reallocate that resource to more restricted uses *or* to subject public uses to the self-interest of private parties.¹³

Sax exprime néanmoins certaines retenues par rapport à cet arrêt :

But the Court did not actually prohibit the disposition of trust lands to private parties; its holding was much more limited. What a state may not do, the Court said, is to divert itself of authority to govern the whole of an area in which it has responsibility to exercise its police

¹¹ *Ibid.*, aux p. 484-485.

¹² *Illinois Central Railroad Company v. Illinois*, 146 U.S. 387 (1892).

¹³ Sax, *supra*, note 8, à la p. 490.

power; to grant almost the entire waterfront of a major city to a private company is, in effect, to abdicate legislative authority over navigation.

But the mere granting of property to a private owner does not ipso facto prevent the exercise of the police power, for states routinely exercise a great deal of regulatory authority over privately owned land. The Court's decision makes sense only because the Court determined that the states have special regulatory obligations over shorelands, obligations which are inconsistent with large-scale private ownership.¹⁴

Après un examen très détaillé de la jurisprudence de plusieurs États, Sax conclut que la théorie de la fiducie publique existe et est viable en droit étatsunien, à tout le moins dans les limites déjà posées par la jurisprudence, et qu'elle est vraisemblablement efficace.

1.3 L'ouverture proposée par Sax

Sax suggère d'élargir le spectre d'application de la fiducie publique, c'est-à-dire de ne pas restreindre la théorie aux accès à l'eau et à l'air. Selon lui, la fiducie publique devrait permettre de protéger les ressources naturelles en général :

If any of the analysis in this Article makes sense, it is clear that the judicial techniques developed in public trust cases need not be limited either to these few conventional interests or to questions of disposition of public properties. Public trust problems are found whenever governmental regulation comes into question, and they occur in a wide range of situations in which diffuse public interests need protection against tightly organized groups with clear and immediate goals. Thus, it seems that the delicate mixture of procedural and substantive protections which the courts have applied in conventional public trust cases would be equally applicable and equally appropriate in controversies involving air pollution, the dissemination of pesticides, the location of rights of way for utilities, and strip mining or wetland filling on private lands in a state where governmental permits are required.¹⁵

Depuis la publication de cet article, le spectre d'application de la fiducie publique s'est effectivement élargi aux États-Unis¹⁶. D'ailleurs, si nous nous sommes concentrés sur l'article de Sax dans ce document, il ne faut pas en déduire qu'il était l'unique tenant de cette théorie. Il a été le premier, mais de nombreux juristes lui ont emboîté le pas. Sans

¹⁴ *Ibid.*, à la p. 489.

¹⁵ *Ibid.*, à la p. 556.

¹⁶ Von Tigerstrom, *supra*, note 7; Maguire, *supra*, note 6.

revenir sur les fondements et les concepts de la fiducie publique, ceux et celles qui ont adhéré à la théorie de Sax ont travaillé à son expansion. Ils ont concentré leurs efforts sur le développement de la théorie dans leurs régimes juridiques, et sur son élargissement afin qu'elle puisse servir à protéger d'autres ressources naturelles que les eaux et les rivages propriétés de l'État¹⁷.

2. LA FIDUCIE PUBLIQUE AU CANADA

Nous croyons pouvoir tenir pour acquis que les bases conceptuelles étayant la théorie de Sax existent également en droit canadien, puisqu'elles proviennent de la common law anglaise. Malgré leur ascendance commune, les droits canadien et étatsunien se sont développés différemment dans plusieurs domaines, et c'est ce qui s'est produit dans le cas de la fiducie publique. Les tribunaux étatsuniens ont très tôt parlé de la fiducie publique, avant même, selon Sax, d'avoir une véritable théorie permettant de faire ce lien. Cela explique peut-être pourquoi la fiducie publique fut en plein essor aux États-Unis dès la parution de l'article de Joseph Sax, tandis qu'au Canada, l'absence de précédents judiciaires aussi anciens qu'*Illinois Central* paraît avoir empêché la théorie de se développer. Néanmoins, certains juristes environnementalistes canadiens s'intéressent à la question, et les tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada et les Cours fédérales, ont eu à quelques reprises l'occasion de reconnaître à l'État un rôle de fiduciaire dans les dernières années.

L'obligation fiduciaire est en fait un concept juridique de plus en plus utilisé dans divers domaines afin de souligner un lien juridique, une obligation pour une entité titulaire de pouvoirs de gestion d'agir dans le meilleur intérêt d'un groupe bénéficiaire de cette gestion¹⁸. Par exemple, la *Loi sur la Société d'assurance automobile du Québec* désigne

¹⁷ Voir notamment aux États-Unis David C. Slade, *The Public Trust in Motion*, Bowie, PTdIM, 2009. La théorie, en plus des États-Unis et du Canada, a également été étudiée dans d'autres régimes de common law, comme au Kenya, en Afrique du Sud et en Inde : voir respectivement Patricia Kamari-Mbote, « The Use of Public Trust Doctrine in Environmental Law » (2007) 3 (2) *L., Env. and Dev. J.* 195; G.J. Piennar et E. van der Schyff, « The Reform of Water Rights in South Africa » (2007) 3 (2) *L., Env. and Dev. J.* 179; Jona Razzaque, « Case Law Analysis: Application of Public Trust Doctrine in Indian Environmental Cases » (2001) 13 (2) *Journal of Environmental Law* 221.

¹⁸ Von Tigerstrom, *supra*, note 7.

le Fonds d'assurance comme un « patrimoine fiduciaire d'utilité sociale¹⁹ ». En droit des sociétés par actions, les tribunaux reconnaissent pour les membres du conseil d'administration d'une société une obligation fiduciaire envers les parties prenantes de la société. À ce sujet, la Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, explique la teneur de l'obligation fiduciaire en ces termes :

L'obligation fiduciaire des administrateurs est un concept large et contextuel. Elle ne se limite pas à la valeur des actions ou au profit à court terme. Dans le contexte de la continuité de l'entreprise, cette obligation vise les intérêts à long terme de la société. Son contenu varie selon la situation. Elle exige à tout le moins des administrateurs qu'ils veillent à ce que la société s'acquitte de ses obligations légales, mais, selon le contexte, elle peut aussi englober d'autres exigences. Quoi qu'il en soit, l'obligation fiduciaire des administrateurs est de nature impérative; ils sont tenus d'agir au mieux des intérêts de la société.²⁰

L'interprétation de l'obligation fiduciaire comme un concept « large et contextuel », qui doit se comprendre dans une optique de continuité et non de profits à court terme, et qui peut avoir une teneur différente selon les situations, en fait une notion très intéressante pour le droit de l'environnement, d'autant plus qu'elle est déjà bien connue en droit canadien et utilisée couramment par les tribunaux dans divers contextes. Nous verrons en fait que l'obligation peut être imposée par la common law, mais aussi intégrée implicitement ou explicitement dans des lois – l'un des atouts des obligations fiduciaires est leur polyvalence.

L'arrêt *Guérin*, dans lequel la Cour suprême reconnaît à l'État un rôle de fiduciaire dans ses relations avec les Autochtones, offre d'intéressantes balises. Elle fonde son raisonnement sur un l'article intitulé « The Fiduciary Obligation », dans lequel l'auteur décrit ainsi la relation de fiduciaire :

[Traduction de la Cour suprême] [Lorsqu'il y a une obligation de fiduciaire,] il existe un rapport dans lequel la manière dont le fiduciaire se sert du pouvoir discrétionnaire qui lui a été délégué peut avoir des répercussions sur les droits du commettant qui sont donc subordonnés à

¹⁹ *Loi sur la Société d'assurance automobile du Québec*, L.R.Q., c. S-11.011, art.23.0.3.

²⁰ *BCE Inc. c. Détenteurs de débetures de 1976*, 2008 CSC 69, en ligne : Cour suprême du Canada <<http://scc.lexum.umontreal.ca/fr/2008/2008csc69/2008csc69.html>>, au par.38.

l'utilisation qui est faite dudit pouvoir. L'obligation de fiduciaire est le moyen brutal employé en droit pour contrôler ce pouvoir discrétionnaire²¹.

La marque distinctive d'un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l'une d'elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l'autre²².

Le juge Dickson conclut donc ainsi :

On dit parfois que la nature des rapports fiduciaires est établie et définie complètement par les catégories habituelles de mandataire, de fiduciaire, d'associé, d'administrateur, etc. Je ne partage pas cet avis. L'obligation de fiduciaire découle de la nature du rapport et non pas de la catégorie spécifique dont relève l'acteur. Comme en matière de négligence, il faut se garder de conclure que les catégories de fiduciaires sont exhaustives²³.

[Notre accentuation].

Donc, si, dans une situation juridique donnée, on établit l'existence des composantes d'une relation de nature fiduciaire, le mécanisme de la fiducie sera appliqué; il s'agit d'une question de fait. Cette conclusion peut paraître extrême, mais en y regardant de plus près, elle est logique. L'État se voit conférer la gestion d'à peu près tout ce qui est essentiel à la vie et à la survie de la population, et jouit pour cette raison d'importantes prérogatives. Il est tout à fait naturel que la population, dépendante de cette gestion, puisse reprocher à l'État des actes contraires à son intérêt. La question est cependant de savoir si l'État doit rendre compte seulement devant le Parlement et aux élections, ou si ses obligations fiduciaires ouvrent la porte à des sanctions judiciaires. Cette réflexion devra être poursuivie ultérieurement, mais déjà, vu l'importance de l'État, de ses organismes, représentants, et agents, vu les pouvoirs qu'il détient et vu le caractère fondamental de ses obligations, il nous paraît utopique de croire que des sanctions à caractère politiques suffisent. Du reste, aucun principe de droit ne met l'État à l'abri des recours judiciaires, et lorsqu'il outrepassé ses compétences, il ne manque pas d'être condamné.

²¹ Ernest Weinrib, « *The Fiduciary Obligation* » (1975) 25 U.T.L.J. 1, à la p. 4.

²² *Ibid.* à la p. 7.

²³ *Guérin c. R.* [1984] 2 R.C.S. 335, à la p. 384.

Une fois établies, les obligations fiduciaires offrent principalement deux avantages. Premièrement, comme nous l'avons vu plus haut, selon la Cour suprême une obligation fiduciaire a un contenu flexible, variable selon les situations. Elle est générale et transcende tous les domaines d'action de l'autorité visée par l'obligation. Deuxièmement, elle permet de contester des décisions sur des bases substantives plutôt que procédurales. Les juges évaluent donc le bien-fondé de la décision plutôt que de se limiter à un strict contrôle de la légalité lors de l'examen des décisions de l'État²⁴. C'est ici que la fiducie publique peut devenir un outil de démocratisation très intéressant.

Il faut se garder toutefois de voir la fiducie publique comme une solution unique et globale pour les questions de droit environnemental. Les auteurs ont déjà signalé quelques limites à l'efficacité de la fiducie publique. L'un des principaux problèmes est celui du conflit entre plusieurs intérêts publics²⁵, qui risque de survenir un jour ou l'autre : le bien-être d'une partie de la population par rapport à l'autre, la lutte contre la pauvreté et la protection de l'environnement – problème qui comme on le sait est vécu par les pays en voie de développement. Il faudra accorder à certains intérêts une valeur supérieure. Par ailleurs, certains craignent l'anthropocentrisme de cette idée de gestion dans l'intérêt des populations, qui revient à attribuer à la nature des valeurs humaines. Ce problème n'est cependant pas propre à la théorie de la fiducie publique; il peut être soulevé pour de nombreux moyens de régulation environnementale²⁶, et il faudra encore beaucoup de temps avant que la nature ne soit protégée pour ses qualités intrinsèques. Finalement, aux États-Unis, où la fiducie publique est florissante, certains auteurs déplorent que l'on ait négligé d'autres théories environnementalistes au profit de cette unique théorie²⁷. Mais malgré les points faibles de la fiducie publique, les avantages dont nous avons fait la revue précédemment justifient tout de même l'intérêt qu'elle suscite pour la protection de l'environnement.

²⁴ Von Tigerstrom, *supra* note 7.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Delgado, *supra*, note 4.

Il existe principalement trois voies pour prouver l'existence d'une obligation fiduciaire : il faut démontrer un devoir imposé par la common law, interpréter l'existence d'un devoir fiduciaire implicite à une loi, ou encore il faut que le devoir fiduciaire soit explicitement inscrit dans la loi. Or, il s'avère que les tribunaux canadiens ont eu l'occasion d'utiliser chacune de ces trois voies pour constater l'existence d'obligations fiduciaires de l'État en ce qui concerne les ressources naturelles. Des lois adoptées dans les Territoires du Nord-Ouest et au Yukon attribuent expressément à l'État un rôle de fiduciaire dans la protection de l'environnement. L'arrêt *Comeau's Sea Foods Ltd*²⁸ permet à la Cour suprême d'identifier, à partir de l'article 43 de la *Loi sur les pêches*²⁹, un devoir fiduciaire de l'État dans la gestion et la conservation des ressources halieutiques. Enfin, dans l'arrêt *Canfor*³⁰, la cour reconnaît l'existence d'une obligation fiduciaire de l'État, qui semble s'étendre à la gestion de l'environnement en général, à partir de la common law.

2.1 La fiducie publique dans la loi

2.1.1 Obligation fiduciaire explicitement inscrite dans la loi

2.1.1.1 Deux lois dépourvues d'ambiguïté

Suite au développement de la théorie de Public Trust aux États-Unis, plusieurs États adoptent des législations mentionnant expressément le statut de fiduciaire de l'État à l'égard de la conservation des ressources naturelles. Au Canada, on répertorie au moins deux lois imposant un devoir de fiduciaire à l'État, soient la *Loi sur les droits en matière d'environnement*³¹ (LDE) des Territoires du Nord-Ouest, et la *Loi sur l'Environnement*³² (LE) du Yukon. Après une recherche non exhaustive de la législation fédérale et des législations provinciales, nous en sommes venus à la conclusion qu'il s'agissait des deux lois qui conféraient de la façon la plus claire, sans équivoque, des obligations fiduciaires à l'État. C'est pourquoi nous les présentons dans cette section, malgré le fait que la jurisprudence qui les accompagne soit plutôt mince. La première énonce ainsi les obligations de l'État :

²⁸ *Infra*, note 44.

²⁹ *Infra*, note 40.

³⁰ *Infra*, note 71.

³¹ *Loi sur les droits en matière d'environnement*, L.R.T.N.-O. 1988, c. 83.

³² *Loi sur l'Environnement*, L.R.Y. 2002, c. 76.

<p>1. In this Act, "public trust" means the collective interest of the people of the Territories in the quality of the environment and the protection of the environment for future generations; (<i>bien public</i>)</p>	<p>1. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi. «bien public» Intérêt commun de la population des Territoires du Nord-Ouest dans la qualité de l'environnement et sa protection pour les générations futures. (<i>public trust</i>)</p>
<p>6. (1) Every person resident in the Territories has the right to protect the environment and the public trust from the release of contaminants by commencing an action in the Supreme Court against any person releasing any contaminant into the environment.</p> <p>(2) No person is prohibited from commencing an action under subsection (1) by reason only that he or she is unable to show</p> <p>(a) any greater or different right, harm or interest than any other person; or</p> <p>(b) any pecuniary or proprietary right or interest in the subject matter of the proceeding.</p> <p>(3) The Supreme Court, in respect of an action commenced under subsection (1), may</p> <p>(a) grant an interim or permanent injunction in respect of any activity of the defendant;</p> <p>(b) order the defendant to remedy any damage caused by his or her release of the contaminant into the environment;</p> <p>(c) order the defendant to pay an amount by way of satisfaction or compensation for loss or damage resulting from the release to</p> <p>(i) any person having an interest in property that is adversely affected by the release of the contaminant into the environment, and</p> <p>(ii) the Minister; and</p> <p>(d) make any other order that it considers appropriate.</p> <p>(4) Any money received by the Minister pursuant to an order under paragraph (3)(c) shall be</p>	<p>6. (1) Toutes les personnes résidant dans les Territoires du Nord-Ouest ont le droit de protéger l'environnement et le bien public contre le rejet d'un contaminant en intentant une action devant la Cour suprême contre une personne qui rejette un contaminant dans l'environnement.</p> <p>(2) Nul ne peut se voir interdire le droit d'intenter une action en conformité avec le paragraphe (1) pour le seul motif qu'il est dans l'impossibilité de démontrer :</p> <p>a) un droit, un tort ou un intérêt supérieur ou différent de celui d'une autre personne;</p> <p>b) un droit ou un intérêt pécuniaire ou de propriétaire concernant l'objet de l'instance.</p> <p>(3) La Cour suprême, à l'égard d'une action intentée en conformité avec le paragraphe (1), peut :</p> <p>a) accorder une injonction provisoire ou permanente à l'égard des activités du défendeur;</p> <p>b) ordonner au défendeur de remédier aux dommages occasionnés par le rejet du contaminant dans l'environnement;</p> <p>c) ordonner au défendeur de verser une somme suffisante aux personnes suivantes, afin de les indemniser pour les pertes ou les dommages occasionnés par le rejet :</p> <p>(i) toute personne ayant un intérêt dans un bien qui a subi un préjudice suite au rejet du contaminant dans l'environnement,</p> <p>(ii) le ministre;</p> <p>d) rendre les ordonnances qu'elle estime justifiées.</p> <p>(4) Toute somme d'argent reçue par le ministre en</p>

<p>deposited in an account in the Consolidated Revenue Fund and disbursed for the following special purposes:</p> <p>(a) the repair of any damages caused by the release of the contaminant; or</p> <p>(b) where action is not practicable under paragraph (a), the enhancement or improvement of the environment.</p> <p>(5) It is a complete defence to any action commenced by any person under subsection (1) that</p> <p>(a) the release of the contaminant</p> <p>(i) is and will remain entirely restricted to lands owned by the defendant or to lands in respect of which the owner has expressly authorized the defendant to release the contaminant, or</p> <p>(ii) does not and will not materially impair the quality of the environment; or</p> <p>(b) the defendant's activity is in compliance with a standard established or an approval given under an enactment.</p>	<p>conformité avec l'alinéa (3)c) doit être déposée dans un compte auprès du Trésor des Territoires du Nord-Ouest et utilisée aux fins suivantes :</p> <p>a) la réparation des dommages occasionnés par le rejet du contaminant;</p> <p>b) mettre en valeur ou apporter des améliorations à l'environnement advenant le cas où la fin énoncée à l'alinéa a) n'est pas réalisable.</p> <p>(5) Constitue une défense complète à une action intentée par une personne en conformité avec le paragraphe (1), le fait que :</p> <p>a) le rejet d'un contaminant :</p> <p>(i) est et restera entièrement limité aux terrains du défendeur ou aux terrains à l'égard desquels le propriétaire a expressément autorisé le défendeur à rejeter le contaminant,</p> <p>(ii) ne dégrade pas et ne dégradera pas d'une manière appréciable la qualité de l'environnement;</p> <p>b) les activités du défendeur sont conformes à une norme établie ou à une autorisation donnée en vertu d'un texte législatif.</p>
---	---

La seconde comme suit :

<p>2. In this Act, [...] "public trust" means the collective interest of the people of the Yukon in the quality of the natural environment and the protection of the natural environment for the benefit of present and future generations; « <i>intérêt public</i> »</p>	<p>2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.</p> <p>« intérêt public » Intérêt collectif de la population du Yukon dans la qualité et la protection de l'environnement naturel pour le bénéfique [sic] des générations présentes et futures.</p> <p><i>"public trust"</i></p>
<p>8(1) Every adult or corporate person resident in the Yukon who has reasonable grounds to believe that</p> <p>(a) a person has impaired or is likely to impair the natural environment; or</p> <p>(b) the Government of the Yukon has failed to meet</p>	<p>8(1) Peut exercer une action en Cour suprême tout adulte ou personne morale résidant au Yukon qui a des motifs raisonnables de croire que :</p> <p>a) une personne a dégradé ou est susceptible de</p>

<p>its responsibilities as trustee of the public trust to protect the natural environment from actual or likely impairment may commence an action in the Supreme Court.</p> <p>(2) In this section, and in sections 9 and 14, “activity” includes development.</p> <p>(3) The Government of the Yukon may commence an action under paragraph 8(1)(a).</p>	<p>dégrader l’environnement naturel;</p> <p>b) le gouvernement du Yukon a failli à ses responsabilités à titre de dépositaire de l’intérêt public pour protéger l’environnement naturel contre une dégradation réelle ou probable.</p> <p>(2) Dans le présent article et aux articles 9 à 14, « activité » s’entend aussi d’un projet.</p> <p>(3) Le gouvernement du Yukon peut exercer une action en vertu de l’alinéa 8(1)a).</p>
<p>38(1) The Government of the Yukon is the trustee of the public trust.</p> <p>(2) The Government of the Yukon shall, subject to this Act or a schedule 1 enactment, conserve the natural environment in accordance with the public trust.</p>	<p>38(1) Le gouvernement du Yukon est le dépositaire de l’intérêt public.</p> <p>(2) Le gouvernement du Yukon a le devoir, dans le cadre de la présente loi ou d’un texte de l’annexe 1, de protéger l’environnement naturel conformément à l’intérêt public.</p>

[Notre accentuation]

Ces deux lois ont l’avantage d’être sans équivoque sur tous les plans. Dans les deux cas, non seulement l’État se voit attribuer explicitement un devoir fiduciaire, mais les citoyens reçoivent tout aussi explicitement des droits de bénéficiaires, et, ce qui est encore plus spectaculaire, les législations prévoient les recours judiciaires nécessaires. Ici, les questions de l’intérêt pour agir et de la justiciabilité semblent donc réglées³³.

³³ Le statut particulier des territoires commande de faire certaines précisions. L’article 4 de la *Loi de 1871 sur l’Amérique du Nord britannique*, 34-35 Vict., ch. 28 (R.-U.), confie au Parlement fédéral l’administration des territoires ne faisant pas partie des provinces. Contrairement à ces dernières, les territoires ne disposent donc d’aucun pouvoir en vertu de la Constitution. Cependant, Peter Hogg, dans *Constitutional law of Canada*, feuilles mobiles, Toronto, Carswell, t.1, 1992, à la p. 14-4, indique que le Parlement fédéral peut choisir de déléguer sa compétence aux autorités des territoires. C’est donc ce qu’il a fait avec la *Loi sur le Yukon*, L.C., 2002, ch. 7 (à jour le 28 octobre 2009), et la *Loi sur les Territoires-du-Nord-Ouest*, L.R., 1985, ch. N-27 (à jour le 28 octobre 2009). La première confère à l’Assemblée législative du Yukon, composée de députés élus, le pouvoir de légiférer sur la protection de la faune et de son habitat, sur les ressources naturelles, l’eau, l’agriculture, et, d’une manière générale, sur les affaires strictement privées (articles 18 et 19), ce qui équivaut à une importante compétence en ce qui concerne l’environnement. C’est au Commissaire en conseil, lequel conseil est élu par la population des Territoires-du-Nord-Ouest, que la seconde loi confère un pouvoir d’ordonnances semblable. En réalité, selon Hogg, les pouvoirs délégués dans ces lois sont à peu de chose près identiques à ceux dont les provinces se prévalent selon la Constitution. Bien que pour les deux territoires, ce soient des Commissaires nommés par le Gouverneur en conseil qui jouent le rôle de chef d’État, c’est principalement à des représentants élus que chacune de ces lois accorde d’importants pouvoirs législatifs. Il est peu probable que le gouvernement fédéral, même s’il a le pouvoir de le faire, contredise les lois édictées en vertu de cette délégation au Yukon

Ces articles n'ont malheureusement pas beaucoup eu l'occasion d'être appliqués. La première série de décisions à faire mention de l'obligation fiduciaire imposée par la LDE concernait l'entreprise Ram Head Outfitters Ltd.. Ram Head Outfitters Ltd. s'est vu octroyer un permis lui permettant de mener sa clientèle sur un territoire donné pour des activités de chasse. L'autorité responsable ayant été avisée du non-respect de dispositions de la LDE par l'entreprise, elle refuse de renouveler le permis. La compagnie conteste ce refus avec succès. L'autorité décide ensuite de suspendre le permis, ce qui donne lieu à un second jugement, également rendu en faveur de l'entreprise. Néanmoins, au début de ce jugement, le juge rappelle le cadre de la loi en question, qui instaure un régime de fiducie au profit des citoyens³⁴. De plus, par la suite on porte contre Ram Head des accusations pénales, lesquelles sont à la source d'une série de cinq jugements. C'est dans l'un de ces jugements que le juge fait un lien des plus intéressants. Reconnaisant le rôle de fiduciaire que l'État joue en vertu de la loi, il affirme que ces obligations fiduciaires sont transmises à l'entreprise. Se faire transmettre de grands pouvoirs par l'État signifierait également se faire transmettre d'importantes responsabilités. C'est ce lien qui a permis au juge de condamner la compagnie à une peine plus sévère :

In effect, the legislature has passed on some of the responsibility for its public trust to the outfitter; in return the latter receives what amounts to a business monopoly in the affected area. Ram Head, by seeking, obtaining and using that monopoly for profit, accepted the burden. Considering the rugged terrain and consequent enforcement difficulties, it was a heavy one; with the special privilege comes the special responsibility. Iacobucci J. pointed out in Wholesale Travel Group [1991] 3 S.C.R. 154, that "Those who choose to participate in regulated activities must be taken to have accepted the consequential responsibilities and their penal enforcement." (p. 191)³⁵.

Dans *Talbot v. Northwest Territories*³⁶, un citoyen tente d'obtenir des dommages-intérêts à cause d'un préjudice que lui aurait causé la négligence des autorités fédérale et

ou dans les Territoires-du-Nord-Ouest, et mine ainsi leur crédibilité. Son intention, en adoptant les lois sur les territoires, était de leur accorder un pouvoir s'apparentant à celui des provinces.

³⁴ *Ram Head Outfitters Ltd. v. Northwest Territories (Commissioner)*, [1994] N.W.T.R. 333 (C.S.), au par. 3.

³⁵ *R. v. Ram Head Outfitters Ltd.*, [1995] N.W.T.J. No. 29, aux par. 33-35.

³⁶ *Talbot v. Northwest Territories (Commissioner)*, 1998 N.W.T.R. 390.

territoriale en tolérant les écoulements d'arsénics d'une mine voisinant Yellowknife. La cour accueille la requête en rejet de l'action. L'une des raisons motivant cette décision est que le recours aurait dû être fondé sur d'autres dispositions juridiques que celles qui avaient été invoquées, plus particulièrement, ce qui présente une certaine ironie pour cette recherche, sur les articles 5 et 6 de la LDE. La cour, tout au long du jugement, se montre néanmoins compréhensive pour le demandeur – qui se représente seul – et affirme que l'État a un devoir de diligence raisonnable en ce qui a trait au contrôle des rejets de contaminants dans l'environnement.

Enfin, en 2007, une action instituée devant la Cour suprême du Yukon traite des articles qui nous intéressent dans la LE³⁷. Le jugement est rendu sur la base d'autres dispositions³⁸, mais les déclarations du juge sont précieuses. Il s'agit d'une association de résidents du lac McLean qui s'oppose à l'autorisation accordée par le gouvernement pour un projet d'extraction et de traitement de gravier dans les environs du lac. Le juge se prononce ainsi au sujet de la LE :

The *Environment Act* is a substantive statute setting out environmental rights of Yukon citizens, remedies against the Yukon Government and obligations imposed upon the responsible Minister.

The *Environment Act* was passed in 1991. It represents a very strong commitment by the Yukon Government to protect the environment. It is one of the few statutes in Canada to grant a right of action to residents against the government. Although there were fears of "opening the flood gates" to a plethora of litigation against the Yukon Government, this appears to be the first time that it has been utilized.³⁹

[...]

Under section 8(1)(b) of the *Environment Act*, the Yukon Government is described as "trustee of the public trust." This places the duties associated with a trustee at common law on the Yukon Government. In *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R 302 at 315, Dickson J. identified "the standard of care and diligence required of a trustee in administering

³⁷ *McLean Lake Residents' Assn. v. Whitehorse (City)*, 2007 YKSC 44.

³⁸ La cour donne raison aux résidents à cause d'une irrégularité dans la procédure d'autorisation. Subséquemment, la municipalité et les promoteurs miniers tentent d'implanter un nouveau projet en modifiant le zonage. Les résidents perdent cette fois en première instance, mais gagnent à nouveau en appel : voir *McLean Lake Residents' Assn. v. Whitehorse (City)*, 2009 YKCA 11.

³⁹ *Ibid.*, aux par.20 et 21.

a trust is that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs." This "ordinary prudence" test is appropriate for this statute.

In applying the *Pushpanathan* test, there is no privative clause protecting the government decision from judicial review. In fact, it is precisely the opposite as the *Environment Act* provides a citizen or association in the Yukon with statutory standing to commence a judicial review action. This factor leans towards less deference being given by the court to the decision of the Yukon Government.⁴⁰ [Notre accentuation.]

La LE est donc utilisée pour établir que la cour doit adopter le critère de la raisonnable dans l'examen de la décision de l'État. Cette fois non plus, la cause ne se fonde pas entièrement sur les dispositions qui nous intéressent. De plus, la conclusion du juge est que le gouvernement a agi de façon raisonnable et a respecté son obligation fiduciaire. On pressent donc les problèmes que peuvent poser l'application de l'obligation fiduciaire de l'État. Néanmoins, ici comme dans *Ram Head*, et de façon encore plus explicite, l'obligation fiduciaire et ses implications sont reconnues par le tribunal, et il est clair que l'État n'aurait pas pu prendre de décision déraisonnable.

Par ailleurs, est-il utile de le souligner, l'existence en soi des dispositions législatives que nous venons d'étudier est significative. Les jugements qui les mentionnent démontrent que l'obligation fiduciaire de l'État est tout à fait comprise et reconnue par les tribunaux, et que ceux-ci n'hésitent pas à en tirer toutes les conclusions possibles, même dans des poursuites qui ne sont pas instituées directement à l'encontre de l'État. Ainsi, dans les causes *Ram Head*, les juges confirment que l'État a des obligations fiduciaires en vertu de la LDE. De même, dans *Talbot*, le juge prône l'utilisation du concept d'État fiduciaire contenu dans la même loi. Et surtout, dans *McLean Lake*, le poids des obligations fiduciaire de l'État conférées par la LE se fait particulièrement sentir, puisqu'elles allègent par ailleurs le devoir de déférence du tribunal, lequel devient alors davantage justifié d'intervenir et de juger le fond des décisions du gouvernement.

Finalement, ces lois sont également appropriées pour se pencher sur la terminologie de la notion que nous étudions. En effet, dans les deux lois que nous venons d'étudier, la

⁴⁰ *Ibid.*, aux par. 28 et 29.

version anglaise parle de « public trust », mais les versions françaises diffèrent. Selon nous, ni l'expression « bien public » ni celle « d'intérêt public » ne conviennent. « Fiducie » traduit beaucoup mieux le mot « trust » dans ce contexte. De plus, dans les autres domaines de droit où s'est développée la notion de « trust obligation », par exemple par rapport aux Amérindiens ou encore en droit des sociétés par actions, comme nous l'avons déjà mentionné, la version française a toujours employé les termes « obligation fiduciaire ». C'est pourquoi nous avons choisi ici de traiter de fiducie publique.

2.1.1.2 Une obligation explicite d'application très large

La lecture de la *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*⁴¹ ne laisse aucun doute quant aux obligations de l'État. L'article 2 impose des devoirs au gouvernement fédéral, qui doit tenir compte de différents éléments lorsqu'il exerce ses pouvoirs dans tous les domaines. Il est d'ailleurs important de souligner que c'est bien le verbe « devoir » qui est employé. Des devoirs tels ceux de protéger et de valoriser l'environnement, de respecter les écosystèmes, de prendre des décisions économiques en tenant compte des impacts environnementaux, et ainsi de suite, qui sont à la fois généraux et obligatoires, ressemblent à s'y méprendre à des obligations fiduciaires. Par ailleurs, l'État n'étant pas propriétaire de ce qu'il doit protéger dans l'intérêt de la population et des générations futures – il est déclaré avant le préambule que « l'objet principal de la loi est de contribuer au développement durable » – la relation qui s'établit entre lui-même, la population et l'environnement est fort analogue à celle d'une fiducie publique. Lus conjointement, le préambule et cet article 2 semblent donc créer un patrimoine commun et un mécanisme de fiducie publique. C'est dans des cas comme celui-ci que la question de la justiciabilité se posera : le législateur voulait-il permettre la sanction de cette loi par les tribunaux, ou s'agit-il plutôt d'obligations politiques?⁴²

⁴¹ *Loi canadienne sur la protection de l'environnement*, 1999, ch. 33, en ligne : Ministère de la Justice du Canada <<http://laws.justice.gc.ca/fr/showtdm/cs/C-15.31>>.

⁴² *Les Ami(e)s de la Terre – Friends of the Earth c. Canada (Gouverneur en Conseil et ministre de l'Environnement)*, 2008 CF 1183, en ligne : Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2008/2008cfl1183/2008cfl1183.html>>.

2.1.2 L'obligation fiduciaire de l'État implicitement inscrite dans la loi

Nous en arrivons maintenant à l'un des points essentiels que nous cherchons à développer dans ce document : une obligation fiduciaire peut être implicite dans une loi. Nous nous penchons plus particulièrement sur la *Loi sur les pêches*⁴³, car la Cour suprême l'a interprété comme conférant une obligation fiduciaire à l'État en se fondant simplement sur son article 43, qui habilite le Ministre à édicter des règlements.

En fait, de par son importance dans les sociétés humaines de toutes les époques et de tous les pays, la pêche fait très tôt l'objet de lois. Le droit de la mer est d'ailleurs l'un des pans les plus prolifiques du droit international. Au Canada, en vertu de l'article 91, paragraphe 12, de la *Loi constitutionnelle de 1867*⁴⁴, c'est le législateur fédéral qui a compétence exclusive en matière de pêche, pour la mer territoriale et les eaux intérieures du Canada. Une première *Loi pour régler la pêche et la protection des pêcheries*⁴⁵ est adoptée en 1868. Ce n'est que l'ancêtre de la loi actuelle, laquelle traite de tout ce qui est lié à la gestion des pêches au Canada, de l'émission de permis à la protection des milieux aquatiques contre la pollution, en passant par les infractions pénales et les peines prévues en cas de contravention à la loi. Néanmoins, la première loi évoque déjà la protection des ressources halieutiques dans son titre. En effet, c'est à cette époque que l'on commence à réaliser que les poissons ne peuvent pas être pêchés sans encadrement – bien que qu'il faille attendre jusqu'à la fin des années 1970 pour que les activités de pêche soient complètement contrôlées : « Désormais, personne ne peut acheter un bateau ou pêcher sans s'être procuré un permis, et leur nombre est limité⁴⁶. »

Il se trouve donc que les tribunaux ont interprété l'article 43 de la *Loi sur les pêches* comme conférant implicitement une obligation fiduciaire à l'État. Celui-ci, en vertu de cette obligation, aurait un pouvoir de gestion des ressources halieutiques au bénéfice de l'ensemble de la population canadienne. Cet article se lit ainsi :

⁴³ *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, c. F-14.

⁴⁴ *Loi constitutionnelle de 1867* (R.-U.), 30 & 31 Vict., c. 3, reproduite dans L.R.C. 1985, app. II, n° 5.

⁴⁵ *Loi pour régler la pêche et la protection des pêcheries*, 31 Vic. c. LX, en ligne : Université de la Colombie-Britannique <<http://faculty.law.ubc.ca/harris/documents/Fisheries%20Act%201868.pdf>>.

⁴⁶ Histoire de la pêche, en ligne : The Canadian Encyclopedia

<<http://www.thecanadianencyclopedia.com/index.cfm?PgNm=TCE&Params=F1ARTF0002833>>

43. Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements d'application de la présente loi, notamment :

a) concernant la gestion et la surveillance judiciaires des pêches en eaux côtières et internes;

b) concernant la conservation et la protection du poisson;

[...]

i) concernant la conservation et la protection des frayères;

Il s'agit donc en premier lieu d'une disposition conférant au gouvernement un pouvoir de réglementation. Cependant, les clauses réglementaires sont souvent utilisées par les tribunaux lorsqu'ils interprètent une loi⁴⁷. En l'occurrence, en analysant la *Loi sur les pêches*, la Cour suprême du Canada en vient à la conclusion que l'article 43 exprime également le cadre dans lequel le Ministre doit œuvrer : comme gestionnaire de la ressource avec l'obligation d'agir dans l'intérêt de la nation, c'est-à-dire en vertu d'une obligation fiduciaire. Le présent document explore ce courant jurisprudentiel en se fondant sur trois arrêts : *Comeau's Sea Foods*⁴⁸, *Larocque*⁴⁹ et *Saulnier*⁵⁰.

Il ressort d'un examen de ces arrêts et de la jurisprudence postérieure que l'obligation fiduciaire du Ministre n'a été invoquée qu'à peu d'occasions. Toutefois, l'application de l'article 43 de cette loi est probablement la situation où les cours canadiennes ont eu le plus d'occasions d'appliquer la notion d'obligation fiduciaire de l'État, et où cette notion a permis le plus efficacement de protéger un élément de l'environnement. Lorsque les tribunaux sont appelés à se pencher sur cette notion dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, ils suivent les principes établis par *Comeau* et *Larocque*, et reconnaissent les conséquences du rôle de fiduciaire que l'État joue en vertu de la *Loi sur les pêches*.

⁴⁷ Pierre Issalys et Denis Lemieux, *L'action gouvernementale : précis de droit des institutions administratives*, 3^e édition, Cowansville, Éditions Yvon Blais, 2009, par. 2.10.

⁴⁸ *Comeau's Sea Foods Ltd. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, [1997] 1 R.C.S. 12, en ligne : Cour suprême du Canada <<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/1997/1997rcs1-12/1997rcs1-12.html>>.

⁴⁹ *Larocque c. Canada (Ministre de Pêches et des Océans)*, 2006 CAF 236, en ligne : Cour d'appel fédérale <<http://decisions.fca-caf.gc.ca/fr/2006/2006caf237/2006caf237.html>>.

⁵⁰ *Saulnier c. Banque royale du Canada*, (2008), 2008 CSC 58, en ligne : Cour suprême du Canada <<http://csc.lexum.umontreal.ca/fr/2008/2008csc58/2008csc58.html>>.

2.1.2.1 Comeau

Comeau's Sea Foods est un arrêt charnière pour le droit des pêches au Canada. Cette cause opposait le Ministère des Pêches et des Océans à un pêcheur qui a dépensé 500 000 \$ en vue de l'obtention de quatre permis, lesquels en fin de compte ne sont pas délivrés. Le plus haut tribunal du pays a tranché en faveur de l'État.

Comme la plupart des jugements de la Cour suprême du Canada, celui de *Comeau's Sea Foods* aborde de nombreuses questions juridiques, mais nous ne nous attarderons qu'à une seule. En effet, l'aspect intéressant de ce jugement pour la présente recherche est que les juges y interprètent l'article 43 de la *Loi sur les pêches* comme conférant au ministre des Pêches et des Océans une obligation fiduciaire. Partant, il dispose d'une importante marge de manœuvre pour gérer et protéger les ressources halieutiques dans l'intérêt des Canadiens. Dans le cas d'espèce, la cour a reconnu que le Ministre peut remettre en cause une autorisation de délivrer un permis en se basant sur des politiques administratives (environnementales dans le cas présent, car émettre les permis de pêche aurait accéléré l'épuisement d'une ressource déjà surexploitée) et que ce faisant il ne dépasse pas les limites de sa compétence⁵¹. En résumé, la Cour a statué ainsi :

« L'article ne vise pas l'autorisation de permis; ce n'est là ni son objet ni son but ultime. Il vise plutôt la délivrance de permis qui, une fois délivrés, nécessitent le recours à des dispositions particulières pour être révoqués. Peu importe que le Ministre décide initialement d'autoriser la délivrance d'un permis, cette autorisation n'est irrévocable pour aucune des parties concernées tant et aussi longtemps que le permis n'est pas finalement délivré. C'est en fonction de l'objet de l'article qu'il nous faut examiner si le Ministre pouvait révoquer l'autorisation pendant qu'elle était en vigueur. ⁵²[...]

Je suis d'avis que le pouvoir discrétionnaire d'autoriser la délivrance de permis, qui est conféré au Ministre par l'art. 7, est, à l'instar de son pouvoir discrétionnaire de délivrer des permis, restreint seulement par l'exigence de justice naturelle, étant donné qu'il n'y a actuellement aucun règlement applicable. Le Ministre doit fonder sa décision sur des considérations pertinentes, éviter l'arbitraire et agir de bonne foi.⁵³ [...]

⁵¹ Et tant et aussi longtemps que les permis n'ont pas été émis. Voir par exemple *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, *infra*, note 56.

⁵² *Supra* note 44, au par. 29.

⁵³ *Ibid.* au par. 36.

Cette interprétation de la portée du pouvoir discrétionnaire du Ministre est conforme à la politique globale de la *Loi sur les pêches*. Les ressources halieutiques du Canada sont un bien commun qui appartient à tous les Canadiens. En vertu de la *Loi sur les pêches*, le Ministre a l'obligation de gérer, conserver et développer les pêches au nom des Canadiens et dans l'intérêt public (art. 43). Les permis sont un outil dans l'arsenal de pouvoirs que la *Loi sur les pêches* confère au Ministre pour gérer les pêches. Ils permettent de restreindre l'accès à la pêche commerciale, de limiter le nombre de pêcheurs et de navires et d'imposer des restrictions quant aux engins de pêche utilisés et à d'autres aspects de la pêche commerciale.⁵⁴

[...] il faut interpréter le vaste pouvoir discrétionnaire du Ministre en fonction du besoin de répondre aux préoccupations de politique immédiates touchant les pêches.⁵⁵

Le Ministre, en l'espèce, n'exerçait pas une fonction législative, mais répondait à ce qu'il percevait comme étant des préoccupations urgentes et immédiates du secteur de la pêche côtière du homard.⁵⁶ »

[Notre accentuation.]

Or, le libellé de l'article 7 permettait au Ministre d'agir de la sorte. En effet, cet article confère au Ministre un pouvoir en deux temps, soit l'autorisation du permis et son émission : « Si le législateur a choisi de conférer au Ministre un pouvoir de délivrance et un pouvoir d'autorisation de délivrer, il doit alors avoir voulu que les deux pouvoirs soient distincts.⁵⁷ » Après une analyse historique de la *Loi sur les pêches*, puis l'analyse de la *Loi d'interprétation*⁵⁸ et de la jurisprudence, la cour décide que l'autorisation de délivrance ne lie pas le Ministre. Ce dernier peut donc retirer son autorisation tant que le permis n'est pas délivré, comme c'était le cas en l'espèce.

C'est alors qu'intervient dans l'analyse l'élément qui rend cette décision pertinente pour la présente recherche : la Cour affirme que son interprétation est conforme à l'objet de la *Loi sur les pêches*. Ledit objet, qui se reflète dans l'article 43 de la *Loi*, est décrit par la Cour comme le devoir qui incombe à l'État⁵⁹ de gérer des ressources halieutiques, bien

⁵⁴ *Ibid.* au par. 37.

⁵⁵ *Ibid.* au par. 46.

⁵⁶ *Ibid.* au par. 47.

⁵⁷ *Ibid.*, au par. 27.

⁵⁸ *Loi d'interprétation*, L.R.C. 1985 c. I-21.

⁵⁹ Subséquemment, dans l'arrêt *Goodwin v. Canada (Attorney General)*, (2005) 2005 FC 1185 [en ligne : Cour fédérale < <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2005/2005fc1185/2005fc1185.html>>] la cour a précisé que

commun aux Canadiens, dans l'intérêt de ces derniers. Le Ministre peut utiliser tous les moyens que lui fournit la loi pour assurer une gestion compatible avec le meilleur intérêt de la nation. La Cour suprême affirme donc que dans le cadre de la *Loi sur les pêches*, le Ministre accorde des permis en fonction de son obligation qui est la gestion des ressources halieutiques dans l'intérêt de la nation canadienne. Et comme nous l'avons vu plus haut, tant que ce permis n'est pas accordé, même si le Ministre l'a autorisé, il peut ne jamais être émis. On peut faire ici un parallèle intéressant avec l'article 8 de la *Loi sur l'eau*, qui fait en sorte que le détenteur d'un permis accordé en vertu de cette loi peut se le faire retirer à tout moment sans compensation. L'idée sous-jacente à cette disposition législative et à la décision de la Cour suprême dans *Comeau* est que l'État ne peut accorder à un individu le pouvoir de faire quelque chose qu'il n'est pas autorisé lui-même à faire. Ainsi, l'État ne pouvant lui-même poser des gestes qui nuisent à l'environnement en raison de ses obligations fiduciaires, les autorisations qu'il accorderait et qui auraient cet effet seraient simplement invalides.

Il ressort de la jurisprudence postérieure à *Comeau* qu'il est accepté que le ministre des Pêches et des Océans dispose de larges pouvoirs en raison de son rôle de gardien et de gestionnaire des ressources halieutiques appartenant à tous les Canadiens⁶⁰. Ce pouvoir lui permet de prendre des décisions politiques lorsque c'est dans l'intérêt des Canadiens. *A contrario*, il ne l'autorise cependant pas à prendre des décisions pour des raisons autres que l'intérêt de la nation⁶¹, et une appréciation erronée des faits entraînera l'annulation de

cette interprétation était valable pour l'ensemble de la loi, et non seulement pour l'application de l'article 7 traitant des permis de pêche.

⁶⁰ Voir *Nunavut Tunngavik Inc. c. Canada (Ministre des Pêches et des Océans)*, 1998 4 C.F. 405 (C.A.); *Carpenter Fishing Corp. c. Canada (C.A.)*, 1998 2 C.F. 548, en ligne: Cour fédérale <<http://reports.fja.gc.ca/fra/1997/1998cf21792.html/1998cf21792.html.html>>; *Keating v. Canada*, 2002 CFPI 1174, en ligne: Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2002/2002cfpi1174/2002cfpi1174.html>>; *Area Twenty Three Snow Crab Fisher's Assn. v. Canada (Attorney General)*, 2005 FC 1190, en ligne: Cour fédérale <http://decisions.fct-cf.gc.ca/en/2005/2005fc1190/2005_fc1190.html>; *Andrews c. Canada (Procureur général)*, 2008 NLTD 145, en ligne: Can LII <<http://www.canlii.org/en/nl/nlsetd/doc/2008/2008nltd145/2008nltd145.html>>; *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, 2008 CF 492, en ligne: Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2008/2008cf492/2008cf492.html>>; voir aussi *Heisler v. Saskatchewan (Minister of Environment & Resource Management)*, 1999 SKQB 156.

⁶¹ Voir *Keating v. Canada*, *supra* note 56.

la décision⁶². Par ailleurs, comme la cour le souligne dans *Comeau*, les décisions du Ministre restent soumises à certaines règles de droit, notamment à la justice naturelle⁶³. En outre, une fois le Ministre lié, il ne peut plus se rétracter, même pour assurer une meilleure gestion de la ressource⁶⁴. En somme, cet arrêt établit l'existence d'une obligation fiduciaire et en fait ressortir l'une des implications, soit les pouvoirs étendus qui doivent permettre à l'État de remplir cette obligation.

2.1.2.2 Larocque

La qualification de « fiduciaire » du rôle de l'État dans la gestion des ressources halieutiques n'était pas une figure de style. En 2006, la Cour d'appel fédérale rend l'arrêt *Larocque*, déclarant cette fois qu'une entente conclue entre le ministère et un pêcheur était illégale parce qu'elle contrevenait au statut de fiduciaire de l'État.

Alors qu'il ne disposait pas lui-même des fonds nécessaires pour rémunérer l'exécutant d'un contrat de service, le ministre des Pêches et des Océans fit exécuter ce contrat par un crabier, en échange de quotas supplémentaires. Ceux-ci devaient demeurer à l'intérieur du maximum pouvant être accordé par le Ministre⁶⁵, et furent donc prélevés sur les quotas des autres crabiers. En effet, en interprétant l'article 43 comme conférant une obligation fiduciaire à l'État, la cour déduit que ce dernier devait gérer la ressource dans l'intérêt de la nation mais n'en était pas le propriétaire. Il ne pouvait donc pas l'utiliser pour rémunérer un cocontractant⁶⁶.

La décision rendue par la cour est essentiellement basée sur la *Loi sur la gestion des finances publiques*⁶⁷, car il s'agit du financement d'un contrat de service. Néanmoins, l'interprétation faite de la *Loi sur les pêches* compte également pour beaucoup. La cour se tourne vers *Comeau*, où les juges affirment que le Ministre a des charges et des

⁶² *Decker c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 1464, en ligne : Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2004/2004cf1464/2004cf1464.html>>.

⁶³ Voir *Comeau's Sea Foods*, *supra*, note 44, au par. 36.

⁶⁴ *Arsenault c. Canada (Procureur général)*, *supra*, note 56.

⁶⁵ *Supra* note 45, au par. 8.

⁶⁶ Denis Lemieux, « Le crabe aux pinces d'or » dans *Contrats des organismes publics québécois*, feuilles mobiles, Farnham, Publications CCH, ¶65-133.

⁶⁷ *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. 1985, c. F-11.

pouvoirs importants en raison de son obligation fiduciaire. Elle en tire une conclusion simple, mais fondamentale : si l'État est fiduciaire, il n'est pas propriétaire. Le Ministre vendait la ressource halieutique en dépit du fait qu'il ne la possédait pas. La cour décide qu'il ne pouvait pas utiliser ces ressources pour honorer un contrat, tout comme le fiduciaire ne pourrait pas disposer du patrimoine d'une fiducie à son profit :

« Bref, j'en arrive à la conclusion que le Ministre a financé son programme de recherche scientifique sans avoir approprié à l'avance les fonds nécessaires et en pillant à toutes fins utiles des ressources qui ne lui appartiennent pas. Il a confondu fonds publics et domaine public. À défaut d'appropriation de fonds publics il s'est approprié le domaine public. Cela ne peut être.⁶⁸ »

Les affaires *Chiasson c. Canada*⁶⁹ et *Assoc. des Crabiers Acadiens Inc. c. Canada (Procureur général)*⁷⁰ opposent également des pêcheurs au ministre des Pêches et des Océans. Les faits sont extrêmement semblables à ceux de *Larocque* : le ministère a alloué des quotas afin de financer un contrat de service, au détriment des pêcheurs dont les quotas étaient proportionnellement réduits. Dans les deux cas, se fondant sur *Larocque*, les juges décident que les politiques du Ministère sont illégales. Si les demandeurs ne sont pas propriétaires des crabes dont les a privés la baisse des quotas, et si le Ministre peut modifier sa décision concernant l'attribution des quotas suivant l'arrêt *Comeau*, il ne peut pas le faire pour un motif illégal. Or, l'utilisation des quotas pour financer un projet est bel et bien illégale, car le Ministre ne possède pas la ressource.

Ces arrêts apportent un éclairage intéressant à l'arrêt *Comeau*. Celui-ci a affirmé le large pouvoir du Ministre dans la gestion de la ressource. *Larocque* précise que ce pouvoir de gestion ne peut être compris comme un pouvoir d'appropriation. Il est donc clair que si le pouvoir du Ministre est vaste lorsqu'il agit dans le cadre de son obligation fiduciaire, il ne peut agir à l'encontre de cette obligation. Ce sont ses responsabilités qui justifient ses pouvoirs, et qui déterminent le cadre de ces derniers.

⁶⁸ *Supra* note 45, au par. 26.

⁶⁹ *Chiasson c. Canada (Procureur général)*, (2008), 2008 CF 616, en ligne : Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2008/2008cf616/2008cf616.html>>.

⁷⁰ *Association des crabiers acadiens c. Canada (Procureur général)*, (2006), 2006 CF 1241, en ligne : Cour fédérale <<http://decisions.fct-cf.gc.ca/fr/2006/2006cf1241/2006cf1241.html>>.

2.1.2.3 Saulnier

L'affaire *Saulnier* met en scène un pêcheur failli et son syndic de faillite, le premier détenant des permis de pêche qu'il souhaite louer, le second poursuivant le premier afin qu'il permette la vente desdits permis. Cette vente permettrait de rembourser, notamment, les dettes que le failli a contractées auprès de la Banque Royale du Canada, et probablement de dégager un excédent. La Cour suprême du Canada est donc appelée à déterminer si un permis de pêche est un bien pouvant être revendiqué par un syndic de faillite.

L'analyse de la Cour l'amène à conclure que même si un permis appartient au Ministre, et même s'il n'est accordé que pour une durée d'un an, pour l'application de la *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*⁷¹ et des parties de la loi de la néo-écossaise concernées par le litige, il est un bien. Cela soulève des interrogations par rapport à l'obligation fiduciaire que les arrêts *Larocque* et *Comeau* reconnaissent à l'État. Le fait que le permis soit un bien selon l'application de certaines lois risque de restreindre la marge de manœuvre dont le Ministre dispose dans l'exécution de ses obligations fiduciaires. Le ministre des Pêches et des Océans intervient donc à la procédure pour s'assurer que la décision n'affecterait pas ses propres pouvoirs de fiduciaire.

Un *obiter* de la Cour permet cependant d'apaiser les craintes du Ministre :

« L'avocat du procureur général du Canada s'est beaucoup inquiété de la possibilité qu'une éventuelle conclusion portant que le permis de pêche est un bien de son titulaire, même aux fins limitées prévues par la loi, soit invoquée dans d'autres litiges pour limiter le pouvoir discrétionnaire du ministre, mais j'estime que cette préoccupation n'est pas fondée. Le permis est une création du régime réglementaire. Le paragraphe 7(1) de la *Loi sur les pêches* autorise le ministre à octroyer un permis « à discrétion ». Le ministre octroie les permis et il a le pouvoir de les révoquer (dans l'exercice régulier de sa compétence en application de l'art. 9) selon ce qu'exige sa gestion des pêches. La loi définit la nature de l'intérêt du titulaire du permis, et notre conclusion qu'un permis de pêche constitue un « bien » à certaines fins législatives n'élargit pas la portée de cet intérêt.⁷²

⁷¹ *Loi sur la faillite et l'insolvabilité*, L.R.C. 1985, ch. B-3.

⁷² *Supra*, note 46, au par. 48.

Il se peut fort bien qu'un permis de pêche expire ou ait déjà expiré avant la libération du failli. Si tel est le cas, le syndic aura, au même titre que le titulaire initial du permis expiré, le droit de demander au ministre de le remplacer et, en cas de refus, le droit d'exercer les mêmes recours que le titulaire initial (ou de n'en exercer aucun si celui-ci ne peut en exercer aucun). Le failli ne peut transférer des droits plus étendus que ceux qu'il possède. Le syndic prend simplement la place de l'appelant Saulnier et il prend possession du permis « avec tous ses défauts ». ⁷³ »

Même s'il demeure la propriété de l'État, le permis peut être transmis par le pêcheur, ou quelqu'un peut être subrogé dans ses droits, afin de permettre l'application de certaines lois. Cependant, le détenteur du permis n'a pas de droit de propriété sur le permis; le Ministre possède encore toute sa latitude pour l'octroi et le renouvellement. Il dispose donc des pouvoirs nécessaires à l'exécution de son obligation fiduciaire.

Ainsi, pour reprendre et synthétiser notre propos, l'arrêt *Comeau* aura permis de reconnaître que l'article 43 de la *Loi sur les pêches* manifestait l'intention du législateur de conférer au Ministre une obligation fiduciaire, c'est-à-dire que selon l'interprétation de la cour il doit gérer la ressource halieutique dans l'intérêt de la nation. Cette obligation entraîne deux conséquences principales. D'une part, nous voyons dans *Comeau* que l'obligation peut impliquer de grands pouvoirs. En l'espèce, ces pouvoirs permettaient au Ministre de prendre en considération des questions de politique administrative qui permettaient d'apprécier l'intérêt des Canadiens. D'autre part, il est établi dans *Larocque* que son obligation est bien celle d'un fiduciaire : il doit gérer la ressource dans l'intérêt des Canadiens, et ne peut agir comme s'il la possédait. En l'occurrence, il ne pouvait pas utiliser la ressource halieutique pour financer un contrat, puisque cette ressource fait partie du domaine public et non des biens publics. L'arrêt *Larocque* ne semble cependant pas avoir suffi, car nous avons vu que le MPO a persisté à appliquer une politique semblable, ce qui lui a valu un nouveau blâme de la part des tribunaux. Ceux-ci ont maintenu la position adoptée dans *Larocque*, ce qui bien sûr étaye encore davantage notre point de vue. Par ailleurs, dans l'arrêt *Saulnier*, la Cour suprême a souligné que même si, pour l'application de certaines lois, un permis délivré par le MPO est un bien, cela ne

⁷³ *Ibid.*, au par. 50.

compromet en rien les pouvoirs dont l'État dispose pour l'exécution de son obligation fiduciaire. En effet, il s'agit d'une qualification restreinte, et l'État dispose toujours de toute sa latitude dans l'octroi et la révocation des permis. Sa marge de manœuvre pour prendre en considération des questions environnementales avant d'octroyer un permis demeure.

Tout ceci nous permet de conclure qu'un devoir fiduciaire peut être implicitement inscrit dans une loi si, comme dans le cas de la *Loi sur les pêches*, son objet est la protection ou la conservation d'une ressource. Il s'agit donc d'une idée très importante, car d'autres lois peuvent donner à penser que l'État a un rôle de protection qui pourrait être interprété comme un devoir fiduciaire⁷⁴. Contrairement aux lois explicites, cependant, les lois qui nous paraissent comporter implicitement une obligation fiduciaire laissent planer le doute pour ce qui est de l'intérêt pour agir et de la justiciabilité. Dans les arrêts que nous avons étudiés, les parties qui ont poursuivi l'État avaient un intérêt réel. On peut toutefois se demander si, dans *Larocque* par exemple, n'importe quel citoyen aurait pu tenter des recours contre l'État afin que celui-ci soit sanctionné pour son utilisation abusive des ressources halieutiques.

En épilogue, il est intéressant de souligner la tentative de réforme de la Loi sur les pêches qui a eu lieu au cours des dernières années. Un premier projet de loi, numéro C-45, intitulé « Loi concernant le développement durable des pêches dans les eaux côtières et les eaux intérieures du Canada⁷⁵ » est déposé à la Chambre des communes le 13 décembre 2006. Ce projet de loi disparaît à la fin de la 1^{ère} session parlementaire, mais est présenté de nouveau le 29 novembre 2007 sous la forme du projet de loi C-32⁷⁶, avec quelques améliorations. Dans la première version, le Ministère des Pêches et des Océans était revenu à la charge afin de permettre le financement de projets par l'octroi de permis de pêche supplémentaires, mais cette disposition, l'article 45 du projet C-45, qui aurait

⁷⁴ À titre d'exemple, l'article 6 de la *Loi sur les forêts* (L.R., 1985, ch. F-30) est rédigé de manière très semblable à l'article 43 de la *Loi sur les pêches*.

⁷⁵ P.L. C-45, *Loi concernant le développement durable des pêches dans les eaux côtières et les eaux intérieures du Canada*, 1^{ère} session, 39^e Parl., 2006.

⁷⁶ P.L. C-32, *Loi concernant le développement durable des pêches dans les eaux côtières et les eaux intérieures du Canada*, 2^e session, 39^e législature (mort au feuillet le 7 septembre 2008).

supplanté l'arrêt *Larocque*, a été supprimée dans le projet C-32. Celui-ci contient également d'intéressantes dispositions, telles que, dans son préambule, l'affirmation que « le Parlement entend que les pêches canadiennes soient gérées comme une ressource commune, d'une manière qui en favorise le développement durable et qui profite aux Canadiens d'aujourd'hui et de demain ». L'article 6 quant à lui, dicte les principes que doit respecter le Ministre dans l'application de la Loi :

6. Le ministre ainsi que toute personne chargée de l'application de la présente loi ou de ses règlements :

- a) tiennent compte des principes du développement durable et s'efforcent d'adopter une approche écosystémique dans la gestion des pêches et dans la préservation et la protection du poisson et de son habitat;
- b) s'efforcent d'adopter une approche préventive si bien que, en cas de grande incertitude scientifique et de risque de dommages importants, le manque d'information scientifique adéquate ne serve pas de prétexte pour omettre de prendre des mesures de préservation ou de protection du poisson ou de son habitat qui soient efficaces et économiques et qu'ils considèrent comme proportionnelles à la gravité potentielle des risques, ou pour remettre à plus tard l'adoption de telles mesures;
- c) tiennent compte de l'information scientifique dans la gestion des pêches et dans la préservation et la protection du poisson et de son habitat;
- d) s'efforcent de gérer les pêches ainsi que de préserver et de protéger le poisson et son habitat d'une manière compatible avec la protection constitutionnelle accordée aux droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones du Canada;
- e) prennent en considération les connaissances traditionnelles relatives à la gestion des pêches et à la préservation et à la protection du poisson et de son habitat dans la mesure où ces connaissances leur ont été transmises;
- f) s'efforcent d'agir en collaboration avec les administrations provinciales, territoriales, municipales ou autres ainsi qu'avec les organismes constitués aux termes d'accords sur des revendications territoriales;
- g) encouragent la participation des Canadiens à la prise des décisions ayant un effet sur la gestion des pêches et sur la préservation ou la protection du poisson ou de son habitat.

Il est difficile de dire s'il faut se réjouir que ce projet de loi ait été proposé ou s'attrister du fait qu'il n'ait plus été présenté. Le Ministère, apparemment, garde espoir, puisque le projet est encore, après une mise à jour datée du 1^{er} décembre 2009, mentionné sur son

site internet à la page « Lois et règlements⁷⁷ ». Ainsi, il semble y avoir une certaine volonté politique de mettre de l'avant les principes qui nous permettent de conclure à l'existence d'un devoir fiduciaire de l'État en matière de pêches.

2.2 L'obligation fiduciaire comme devoir imposé par la common law

Dans l'arrêt *Canfor*⁷⁸, rendu par la Cour suprême du Canada en 2004, le juge Binnie soulignait l'existence dans la common law de mécanismes permettant la protection de l'environnement. Cet arrêt a donc un impact majeur en droit de l'environnement canadien, puisque jusque-là, les juristes comptaient surtout sur des dispositions législatives en droit de l'environnement. Les outils de common law proposés par la Cour suprême devraient offrir un arsenal supplémentaire à ceux qui mèneront les prochaines causes concernant l'environnement.

Canfor est une entreprise forestière dont les activités ont causé un important incendie de forêt sur le territoire de la Colombie-Britannique en 1992. Le gouvernement poursuit la compagnie en demandant des dommages-intérêts sur trois fondements, le dernier – qui nous intéresse plus particulièrement – étant la perte de spécimens d'arbres protégés. Normalement soustraits à la coupe forestière, ne permettant donc aucun profit, ils échappent au système d'évaluation de la perte basé sur la valeur marchande. En dernière instance, Canfor n'est condamnée à aucuns dommages-intérêts pour la destruction de ces arbres protégés. Or, ce n'est pas par manque d'enthousiasme de la part de la Cour, qui est, comme le montre son jugement, tout à fait disposée à accorder une indemnisation à l'État malgré la complexité de la question de l'évaluation. En fait, le Procureur général ne commence à s'intéresser à cette question qu'en dernière instance, présentant subitement une nouvelle argumentation, que la Cour n'a pas retenue pour des motifs d'équité. Un commentateur conclut donc, à la lecture de l'arrêt dans son ensemble, que si la bataille est perdue, la guerre est gagnée⁷⁹. En effet, la Cour suggère tout d'abord que les arbres non destinés à la coupe n'en ont pas moins une valeur, et que celui qui les détruit devrait

⁷⁷ En ligne : Ministère des Pêches et Océans Canada <<http://www.dfo-mpo.gc.ca/acts-loi-fra.htm>>.

⁷⁸ *Colombie-Britannique c. Canadian Forest Products Ltd.*, 2004 CSC 38, [2004] 2 R.C.S. 74.

⁷⁹ Stewart A.G. Elgie et Anastasia L. Lintner, « The Supreme Court's Canfor Decision: Losing the Battle but Winning the War for Environmental Damages », (2005) 38 U.B.C. L. Rev. 223.

avoir à verser une indemnité⁸⁰. Elle opine également que l'État pourrait à l'avenir utiliser la théorie de *parens patriae* pour tenter des recours judiciaires non pas comme propriétaire, mais comme protecteur des valeurs communes de la nation⁸¹. Et le plus intéressant pour notre étude, c'est qu'elle affirme que l'État joue un rôle de fiduciaire dans ces situations⁸².

La théorie de *parens patriae*, bien connue en common law, permet à l'État d'instituer des procédures judiciaires dans des cas de « nuisance publique ». Traditionnellement, ce pouvoir procédural, détenu par le Procureur général, lui permet seulement de présenter une demande d'injonction. Cependant, dans *Canfor*, le juge Binnie avance que la théorie n'empêche pas le Procureur général de demander d'autres types de redressements, comme des dommages-intérêts. Il cite notamment une affaire où, après un déversement accidentel de mazout, le propriétaire d'un navire a été condamné à payer une indemnité pour le remboursement des travaux de nettoyage⁸³. La théorie de *parens patriae* présente donc de toute évidence beaucoup d'intérêt pour le droit de l'environnement, mais elle a toutefois comme désavantage de ne reconnaître qu'au seul Procureur général le droit d'intenter un recours judiciaire. Les citoyens ne peuvent pas intervenir directement, sauf dans la mesure où ils peuvent faire autoriser une intervention par la Cour en cas du refus d'agir ou de l'inaction du Procureur général⁸⁴.

Le juge Binnie discute la théorie de *parens patriae* en même temps que celle des obligations fiduciaires de l'État, ou fiducie publique. Un article commentant cet arrêt souligne que le juge, en discutant de la théorie étatsunienne de « Public Trust », renforce les *obiter* d'autres jugements canadiens qui reconnaissaient déjà des obligations fiduciaires à l'État⁸⁵. Le juge fait bien la différence entre *parens patriae* et fiducie

⁸⁰ *Supra*, note 71, au par. 14.

⁸¹ *Ibid.*, aux par. 67-81.

⁸² *Ibid.*, aux par. 73-81.

⁸³ *Ibid.*, au par. 69, référant à *R. c. Le navire Sun Diamond*, [1984] 1 C.F. 3 (1^{re} inst.).

⁸⁴ Denis Lemieux, *Le contrôle judiciaire de l'action gouvernementale*, Montréal, C.C.H., Édition feuilles mobiles, par.30-335.

⁸⁵ Jerry V. De Marco, Marcia Valiante, Marie-Ann Bowden, « Opening the Door for Common Law Environmental Protection in Canada: The Decision in *British Columbia v. Canadian Forest Products Ltd.* », *J. Envtl. L. & P.*, avril 2005, Westlaw; référant aux affaires *Scarborough (Borough) v. R.E.F. Homes Ltd.*

publique, la seconde permettant aux citoyens d'intervenir et d'instituer des recours judiciaires contre l'État lorsqu'il n'agit pas dans le sens de son obligation fiduciaire. Il cite en effet la cause à laquelle on attribue la paternité de la théorie de la fiducie publique aux États-Unis, *Illinois Central*⁸⁶, dans laquelle une décision prise par l'État a été annulée par la Cour. Il est par ailleurs significatif que l'objet du litige ait été des arbres qui n'avaient aucune valeur marchande. Cela établit clairement que l'obligation de l'État n'est pas de gérer les ressources naturelles pour permettre des profits économiques sur le long terme, mais bien de protéger l'environnement qui se fait ainsi conférer une valeur intrinsèque.

L'arrêt *Canfor* est éloquent : le plus haut tribunal du pays est prêt à reconnaître à l'État un rôle de fiduciaire en vertu d'un devoir de common law, autrement dit sans qu'il y ait besoin d'une législation expresse ou implicite. En effet, le juge Binnie réfère expressément à la théorie étatsunienne. Dans la logique de celle-ci, l'État est le fiduciaire des ressources naturelles par la force des choses, puisque les citoyens ont tous un droit dans ces ressources sans en avoir la propriété. Il s'agit d'une simplification extrême, mais il demeure que de l'avis des auteurs que nous avons cité et qui reprennent la théorie de Sax, la fiducie publique s'insère tout naturellement dans la common law publique. Par ses propos, la Cour semble régler une partie du questionnement concernant l'intérêt pour agir et la justiciabilité de l'obligation fiduciaire. Le fait qu'elle parle de la théorie de *parens patriae* ne signifie pas que ses remarques au sujet de la fiducie publique s'adressent uniquement à l'État. Nous avons d'ailleurs déjà souligné qu'elle notait bien la différence entre les deux notions. Il nous semble que cette fois la Cour est assez claire au sujet de la justiciabilité de la notion, et qu'elle donne de bonnes raisons d'espérer une avancée en ce qui a trait à l'intérêt pour agir des citoyens.

Pour reprendre notre propos depuis le début de la seconde partie, le droit canadien a reconnu dans divers domaines et de différentes façons que l'État avait un rôle de fiduciaire en matière de gestion des ressources naturelles. Il existe indéniablement un

(1979), 9 M.P.L.R. 255 (Ont. C.A.), à la p. 257 [R.E.F. Homes] et 114957 *Canada Ltée (Spraytech, Société d'arrosage) v. Hudson (Town)*, [2001] 2 R.C.S. 241, au par. 27 [Spraytech].

⁸⁶ *Supra*, note 11.

concept de common law selon lequel la gestion de certaines ressources, en raison de leur importance pour l'être humain, revient à l'État et doit être exercée dans l'intérêt de la population. Bien que ce concept soit né et ait été développé principalement par rapport à l'eau, il nous semble logique qu'il évolue aujourd'hui pour couvrir l'ensemble des ressources naturelles. En effet, ceux qui l'ont pensé en premier n'avaient sans doute pas la même perspective que nous sur l'équilibre de la nature, et l'environnement à l'époque était loin d'être aussi ravagé qu'il peut l'être à présent. Dans le contexte actuel, il paraît difficile de dissocier les différents éléments du patrimoine naturel, et de n'accorder une protection efficace qu'à certains d'entre eux. D'ailleurs, bien que les ressources halieutiques aient davantage bénéficié du rôle de fiduciaire de l'État, les causes que nous avons étudiées concernaient également la vie sauvage et les forêts.

Et si le développement de la notion de fiduciaire au Canada est loin d'être aussi avancé qu'aux États-Unis, les tribunaux canadiens se sont néanmoins montrés plus ouverts à cette théorie au cours des dernières années. Les interprétations jurisprudentielles nous permettent de déduire tout d'abord que la fiducie publique est viable au Canada, mais aussi qu'elle pourrait contribuer à la protection de nombreuses ressources naturelles, et ce, même sans disposition législative explicite⁸⁷. Par ailleurs, l'attribution expresse d'une obligation fiduciaire dans des lois protégeant l'environnement contribue à l'épanouissement de la théorie. Enfin, les références à la théorie étatsunienne de fiducie publique que l'on retrouve dans l'arrêt *Canfor* sont un puissant encouragement au développement de la fiducie publique au Canada.

⁸⁷ Il faut néanmoins admettre que dans la première cause où un citoyen a tenté de faire reconnaître à l'État une obligation fiduciaire, *Green v. Ontario* [1973] 2 O.R. 396 (H.C.), le juge s'est montré excessivement hostile à cette idée. Green cherchait à faire interpréter la loi ontarienne de manière à ce que l'État soit considéré fiduciaire de la population pour la gestion des parcs, et soit ainsi empêché d'autoriser un projet qui allait défigurer un lieu adjacent à un parc provincial. Le juge a qualifié le recours de frivole. Cette première tentative de faire reconnaître des obligations fiduciaires à l'État fut donc complètement désastreuse. Cependant, une affaire récente, *St-Pierre c. Québec (Procureur général)* 2009 Q.C.C.S. 3775, semble ouvrir la porte à la fiducie publique. Aux paragraphes 108 et suivants, le juge explique qu'il est juste de considérer que l'État a des obligations fiduciaires en ce qui a trait à la gestion de l'environnement. Il va même jusqu'à dire que les tribunaux « sont parfois invités à examiner la légalité des droits » malgré la souveraineté de l'Assemblée nationale. S'il refuse d'appliquer la théorie en l'espèce, il semble en accepter le principe.

CONCLUSION GÉNÉRALE

Dans sa conclusion, Sax explique que son intention lorsqu'il a entrepris la rédaction de son article était de convaincre le monde juridique que les tribunaux pouvaient jouer un rôle dans la gestion de l'environnement, et que cela permettait de démocratiser cette gestion. Nous croyons également que s'il est vrai que les élections permettent à la population de punir ou de récompenser un gouvernement, les citoyens n'élisent pas un candidat sur la base d'une seule idée ou de ses performances dans un seul domaine. Le public peut élire un représentant qui prônera une majorité de ses idées mais pas toutes, et demeure pour le reste en quelque sorte à la merci de l'État. Par ailleurs, une fois élu, le gouvernement pourrait prendre des décisions qui ne faisaient pas partie de sa plateforme électorale. Les citoyens sont généralement impuissants contre des décisions qui respectent les conditions de formes. En réponse à cela, les obligations fiduciaires imposent à l'État des devoirs légaux, substantifs et, selon ce que nous avons vu dans la jurisprudence, justiciables. Dès lors, si l'État outrepassé ses pouvoirs, les citoyens peuvent avoir directement recours aux tribunaux et poursuivre l'État en lui reprochant sa gestion du patrimoine naturel.

La fiducie publique peut sembler reposer sur des concepts bien fragiles. Elle a été pensée à partir d'un furtif droit à l'air et à l'eau, accordé par un code ayant cessé d'être appliqué il y a fort longtemps déjà. De toute évidence, ce droit possède néanmoins une force particulière, puisqu'il a survécu dans les traditions juridiques postérieures au droit romain. Les tribunaux étatsuniens l'ont fait évoluer afin qu'il devienne un véritable devoir juridique à l'endroit de l'État. L'idée de Sax, qui a été amplement suivie, était de ne pas restreindre cette obligation aux catégories classiques de choses communes ou de biens publics, mais de les étendre plus largement à l'environnement. Le raisonnement des tribunaux étatsuniens comme celui de Sax semblent pouvoir s'appliquer également au Canada. Si, dans *Canfor*, le juge Binnie réfère clairement à la théorie étatsunienne, les juges dans *Comeau* et *Larocque* ont déduit l'existence et les applications d'une obligation fiduciaire sans même s'appuyer sur la théorie développée aux États-Unis. Cela confirme que le droit canadien a tout ce qu'il faut pour reconnaître à l'État une obligation

fiduciaire en matière de ressources naturelles, tout comme il l'a déjà fait dans le domaine du droit autochtone ou des sociétés par action, que ce soit par une disposition explicite, implicite ou encore par un devoir de common law.

Comme nous l'avons fait remarquer à quelques reprises, l'intérêt pour agir, la notion de bénéficiaire et la justiciabilité des obligations fiduciaires demeurent des zones d'ombre qu'il faudra éclairer dans le futur. Nous croyons cependant pouvoir déjà affirmer que si la notion de fiducie devait se développer en droit de l'environnement, elle devrait logiquement s'accompagner d'un accès à des recours judiciaires pour les citoyens, comme c'est le cas dans les autres domaines du droit où elle a été identifiée. Les deux lois des Territoires-du-Nord-Ouest et du Yukon, ainsi que l'opinion de la Cour suprême dans *Canfor*, nous semblent de bon augure.

Raphaëlle Groulx-Julien
sous la direction de
Denis Lemieux