

Federal Court



Cour fédérale

Date : 20190524

Dossier : T-146-19

Référence : 2019 CF 732

Ottawa (Ontario), le 24 mai 2019

En présence de monsieur le juge Sébastien Grammond

ENTRE :

SAMANTHA WHALEN

demanderesse

et

**PREMIÈRE NATION N° 468 DE FORT
MCMURRAY**

défenderesse

JUGEMENT ET MOTIFS

[1] Le conseil de la Première Nation n° 468 de Fort McMurray (PNFM) a décidé de suspendre l'une de ses membres, la conseillère Samantha Whalen. La conseillère Whalen sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision. J'accueille sa demande, parce que la PNFM n'a pas le pouvoir, aux termes de son Règlement électoral, de suspendre un conseiller, sauf dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquent pas à la présente affaire.

[2] La PNFM a également cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* ou sur un pouvoir « inhérent ». Je rejette ces arguments. Le Règlement électoral de la PNFM, qui a été adopté par ses membres, se veut un énoncé exhaustif des règles régissant l'élection, la destitution et la suspension de ses dirigeants. La PNFM n'a pas prouvé que la pratique consistant à suspendre des conseillers reflétait un large consensus parmi ses membres et que cela constituerait une « coutume ». Les autres sources proposées du prétendu pouvoir ne permettent pas de contourner le choix délibéré des membres de la PNFM de ne pas autoriser leur conseil à suspendre des conseillers.

I. Historique et décision contestée

[3] La PNFM a adopté son Règlement électoral coutumier en mai 2014 (le Règlement électoral). Conformément au Règlement électoral, le conseil de la PNFM est composé d'un chef et de deux conseillers. M^{me} Whalen, la demanderesse dans la présente instance, a été élue conseillère en juin 2018. M. Ron Kreutzer Sr. est le chef et M. Ron Kreutzer Jr., qui est le fils du chef Kreutzer, est l'autre conseiller.

[4] Peu après son élection, la conseillère Whalen a commencé à poser des questions sur les finances de la PNFM. Les informations dont elle a pris connaissance ou qu'on a refusé de lui fournir l'ont amenée à tenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, alléguant que le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et le chef de la direction de la PNFM, M. Bradley Callihoo, avaient manqué à leur obligation de fiduciaire et leur demandant de rembourser les sommes d'argent qu'ils s'étaient prétendument appropriées.

[5] Il n'est pas nécessaire de dresser un portrait exhaustif de l'escalade du conflit entre la conseillère Whalen, d'une part, et le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo, d'autre part, avec des membres de la PNFM qui se rangent d'un côté ou de l'autre.

[6] Il suffit de mentionner l'événement culminant : l'occupation des locaux de la PNFM qui s'est déroulée du 7 au 9 janvier 2019. Nul ne conteste que l'âme dirigeante derrière l'occupation était M^{me} Velma Whittington, qui s'est présentée sans succès pour devenir chef en juin 2018 et dont les opinions politiques sont étroitement alignées sur celles de la conseillère Whalen. C'est en revanche le rôle de la conseillère Whalen dans ces événements qui est très contesté. La conseillère Whalen dit qu'elle n'a pas pris part à l'organisation de l'occupation, mais qu'elle a agi en tant que médiatrice, en essayant de persuader les « contestataires » de permettre la fourniture de certains services essentiels. Le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer ont toutefois allégué que la conseillère Whalen avait organisé et soutenu l'occupation.

[7] Ainsi, le 9 janvier 2019, la PNFM a obtenu du juge Mah, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, une injonction provisoire *ex parte* contre un certain nombre de personnes nommées, dont la conseillère Whalen. Toutefois, après avoir pris connaissance de l'injonction, la conseillère Whalen a demandé à la faire annuler à son égard, au motif qu'elle a été obtenue sur la base de renseignements incomplets ou trompeurs. Le 17 janvier 2019, le juge Mah a modifié sa décision et rejeté la demande d'injonction à l'encontre de la conseillère Whalen.

[8] Entre temps, une réunion du conseil de la PNFM s'est tenue le 10 janvier 2019. Lors de cette réunion, on a présenté à la conseillère Whalen un projet de résolution du conseil de bande de la

suspendant temporairement avec solde, pour des motifs que je décrirai plus tard. La résolution du conseil de bande indiquait qu'une autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Une discussion s'ensuivit, au cours de laquelle la conseillère Whalen a tenté de réfuter certaines allégations formulées dans la résolution du conseil de bande et a demandé des précisions sur d'autres. Le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo n'ont pas répondu à ses questions et ont insisté sur le fait qu'elle en apprendrait davantage sur les allégations le 25 janvier. La conseillère Whalen a alors quitté la réunion. La résolution du conseil de bande a ensuite été signée par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer. Il convient également de noter que l'ordre du jour qui a été envoyé à la conseillère Whalen ne mentionnait rien qui l'aurait avertie du fait que sa suspension était envisagée.

[9] La résolution du conseil de bande indique qu'elle a été adoptée conformément au [TRADUCTION] « pouvoir inhérent, enraciné dans la coutume de la PNF, de suspendre des membres du conseil dans des circonstances où la suspension est justifiée pour assurer l'harmonie dans la communauté ». Elle allègue que la conseillère Whalen s'est livrée à un [TRADUCTION] « comportement fautif », notamment la divulgation des primes des employés de la PNF et d'autres renseignements personnels de nature délicate, [TRADUCTION] « en se présentant comme porte-parole du chef et du conseil », en harcelant le personnel de la PNF et en s'ingérant dans ses tâches et, [TRADUCTION] « plus récemment et plus sérieusement », en organisant et en soutenant l'occupation. La résolution du conseil de bande prévoit ensuite que la conseillère Whalen est suspendue avec solde à titre provisoire et qu'une audience disciplinaire serait convoquée au plus tard le 25 janvier 2019.

[10] La conseillère Whalen a déposé la présente demande de contrôle judiciaire le 21 janvier 2019. Bien qu'elle ait initialement demandé une ordonnance provisoire, un protonotaire a ordonné que la demande soit entendue de manière accélérée.

II. Questions en litige et positions des parties

[11] La conseillère Whalen avance trois arguments principaux à l'appui de sa demande. Premièrement, elle soutient que le conseil de la PNFM n'avait pas le pouvoir de la suspendre. Deuxièmement, elle se plaint que le processus menant à l'adoption de la résolution du conseil de bande du 10 janvier 2019 était inéquitable. Troisièmement, elle affirme que la décision de la suspendre était déraisonnable à la lumière des éléments de preuve que le conseil avait pris ou aurait dû prendre en considération.

[12] La PNFM soutient pour sa part que la demande de la conseillère Whalen est prématurée. Elle affirme que la suspension était une décision provisoire que la Cour ne devrait pas examiner. La conseillère Whalen aurait plutôt dû attendre la décision définitive que le conseil était censé prendre le 25 janvier 2019. La PNFM affirme également qu'elle a le pouvoir de suspendre un conseiller, que la décision prise le 10 janvier 2019 était conforme aux exigences relatives à l'équité procédurale et qu'elle était raisonnable sur le fond.

III. Analyse

[13] Je suis d'avis que la demande de la conseillère Whalen n'est pas prématurée et que le conseil de la PNFМ n'a pas le pouvoir de la suspendre. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'aborder les autres questions soulevées par les parties.

[14] Je suis bien conscient que le différend entre les parties va bien au-delà de l'objet de la présente demande. À l'audience, j'ai indiqué aux parties que je n'avais pas l'intention de me prononcer sur les faits allégués dans l'action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Par conséquent, ces motifs ne doivent pas être considérés comme une expression d'opinion sur ces autres questions.

A. *La prématurité*

[15] La PNFМ a d'abord fait valoir que la demande de la conseillère Whalen devrait être rejetée parce qu'elle est prématurée, car elle remet en question ce que la PNFМ qualifie de décision interlocutoire.

[16] Le contrôle judiciaire a un caractère discrétionnaire : *Strickland c Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37 au paragraphe 37, [2015] 2 RCS 713. Cela signifie qu'un demandeur n'a pas un droit strict à une décision sur le fond. La Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une demande, en tenant compte d'un ensemble de facteurs reconnus par la jurisprudence, par exemple, lorsqu'il existe un autre recours approprié dans le cadre du processus administratif.

[17] Cette doctrine a été décrite de la manière suivante par le juge David Stratas de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *Canada (Agence des services frontaliers) c CB Powell Limited*, 2010 CAF 61 aux paragraphes 30-31, [2011] 2 RCF 332 [*CB Powell*] :

En principe, une personne ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes dans le cadre du processus administratif. [...]

La doctrine et la jurisprudence en droit administratif utilisent diverses appellations pour désigner ce principe : la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré. Toutes ces formules expriment la même idée : à défaut de circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux tant que le processus administratif suit son cours. Il s'ensuit qu'à défaut de circonstances exceptionnelles, ceux qui sont insatisfaits de quelque aspect du déroulement de la procédure administrative doivent exercer tous les recours efficaces qui leur sont ouverts dans le cadre de cette procédure. Ce n'est que lorsque le processus administratif a atteint son terme ou que le processus administratif n'ouvre aucun recours efficace qu'il est possible de soumettre l'affaire aux tribunaux. En d'autres termes, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

[18] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans la décision *Halifax (Regional Municipality) c Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 RCS 364 [*Halifax*]. Dans une affaire récente, la Cour d'appel fédérale a de nouveau insisté sur le fait qu'il existait une forte présomption contre l'intervention judiciaire dans les procédures administratives avant l'épuisement des recours administratifs prévus par la loi : *Alexion Pharmaceuticals Inc c Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241, aux paragraphes 47 à 56 [*Alexion*].

[19] Cette présomption contre le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires est particulièrement pertinente dans le contexte autochtone. Comme je l'ai mentionné dans la décision *Pastion c Première Nation Dene Tha'*, 2018 CF 648 au paragraphe 23, [2018] 4 RCF 467 [*Pastion*], la prise de décisions est une composante de l'autonomie gouvernementale. Si l'autonomie gouvernementale des Peuples autochtones doit être encouragée, il s'ensuit que l'intervention judiciaire dans les processus décisionnels autochtones doit être évitée autant que possible. Voir, à cet égard, les décisions *Edzerza c Kwanlin Diin First Nation*, 2008 YKCA 8 au paragraphe 26 [*Edzerza*]; *Sweetgrass First Nation c Gollan*, 2006 CF 778 au paragraphe 53; *Okemow-Clark c Lucky Man Cree First Nation*, 2008 CF 888 au paragraphe 24 [*Okemow-Clark*]; *Gadwa c Joly*, 2018 CF 568 au paragraphe 71 [*Gadwa*].

[20] L'exclusion du contrôle judiciaire fondé sur l'existence d'un autre recours adéquat demeure discrétionnaire. Les affaires précitées reconnaissent qu'il peut y avoir des exceptions et que, tout bien considéré, le juge peut néanmoins entendre la demande. Ces affaires interdisent également une approche catégorique à l'égard de ces exceptions. En d'autres termes, le fait que les arguments soulevés dans une affaire appartiennent à une catégorie particulière (par exemple, les « questions de compétence », la partialité ou l'équité procédurale) ne signifie pas que la demande de contrôle judiciaire sera automatiquement examinée quant au fond. Pour cette raison, il est difficile de généraliser à partir de décisions ayant rejeté l'argument de la prématurité : voir, par exemple, *ICBC c Yuan*, 2009 BCCA 279 au paragraphe 24; *Banque de Montréal c Sasso*, 2013 CF 584 au paragraphe 16; *Almrei c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1002 [*Almrei*]; *Shen c Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 70; *Nova Scotia (Attorney*

General) c MacLean, 2017 NSCA 24 au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Hanjra*, 2018 CF 208 aux paragraphes 19 à 21.

[21] La meilleure approche, semble-t-il, consiste à examiner tous les facteurs pertinents de manière globale, en gardant à l'esprit les raisons qui justifient la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré. Dans la décision *Almrei*, au paragraphe 34, mon collègue le juge Richard Mosley a résumé les facteurs pertinents de la manière suivante : « 1) le préjudice subi par le demandeur; 2) le gaspillage; 3) le retard; 4) la division; 5) le bien-fondé des prétentions et 6) le contexte législatif. » Les raisons d'être de la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré ont été résumées ainsi dans la décision *Alexion*, au paragraphe 49 :

[...] d'éviter la multiplicité des procédures et le gaspillage des ressources que suppose la présentation de demandes de contrôle judiciaire interlocutoires lorsque le demandeur pourrait de toute façon obtenir gain de cause à l'issue du processus administratif ainsi que l'opportunité de veiller à ce que la cour de révision bénéficie des conclusions du décideur administratif et la nécessité pour les cours de justice de respecter la décision du législateur d'octroyer à des organismes administratifs un pouvoir décisionnel.

[22] Un certain nombre d'aspects de cette affaire justifient une exception à l'interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires.

[23] Premièrement, il n'est même pas clair que la décision attaquée puisse être considérée à juste titre comme interlocutoire. Le Règlement électoral ne prévoit pas la suspension d'un conseiller dans les circonstances de l'espèce. Il est donc difficile de parler de respect judiciaire de la volonté du législateur. Le conseil semble avoir traité avec la conseillère Whalen de manière tout à fait improvisée. Il ne précisait pas ce que serait le processus, sauf pour indiquer qu'une

autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Contre-interrogé à ce sujet, M. Callihoo n'a pas été en mesure de fournir beaucoup d'éclaircissements. Il a simplement affirmé que l'audience serait « présidée » par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer (dossier de la demanderesse, à la page 298). Un organe décisionnel qui s'engage dans un tel processus ne peut se soustraire au contrôle judiciaire simplement en annonçant que sa décision n'est pas définitive et qu'il y aura d'autres procédures. Si tel était le cas, on pourrait imaginer que le conseil, ayant pris la décision « définitive » de suspendre la conseillère Whalen, soutiendrait alors qu'il ne s'agit que du prélude à une destitution, donc toujours une décision interlocutoire qui serait à l'abri d'un contrôle judiciaire immédiat. On ne peut tolérer que la doctrine de la prématurité soit manipulée de cette manière. En effet, il n'y avait et il n'y a toujours aucune garantie écrite quant au processus que suivrait le conseil si je rejetais la présente demande en raison de son caractère prématuré.

[24] Deuxièmement, la décision attaquée doit être replacée dans le contexte du différend qui oppose toujours la conseillère Whalen au chef Kreutzer et au conseiller Kreutzer. Ce différend a conduit chaque partie à entamer des poursuites judiciaires à l'encontre de l'autre. Dans la décision *Almrei* (au paragraphe 36), le juge Mosley a souligné que les principales affaires concernant la prématurité tiraient leur origine d'une instance unique et bien circonscrite. En l'espèce, comme dans la décision *Almrei*, les parties sont engagées dans des litiges complexes et la décision attaquée n'est qu'une nouvelle bataille dans une guerre qui perdure. Dans ces circonstances exceptionnelles, un examen rapide de la validité de cette tentative d'ouvrir un nouveau front pourrait en réalité réduire les délais, les coûts et la fragmentation des procédures, plutôt que les augmenter.

[25] Troisièmement, la conseillère Whalen prétend que le conseil était partial et n'avait pas le pouvoir de prendre la décision contestée. Bien que le fait de soulever des questions de compétence et de partialité ne débouche pas sur une exception automatique à la règle de la prématurité, je suis convaincu en l'espèce que le processus mis en place est suffisamment problématique pour mériter un examen rapide par notre Cour. En outre, la jurisprudence en matière de prématurité semble s'être développée principalement dans le contexte de processus décisionnels à caractère adjudicatif, où le processus et la compétence des entités concernées sont définis par la loi. Dans le cas présent, cependant, aucune loi ne prévoit la suspension des conseillers. La décision n'a pas été prise par un organe décisionnel indépendant, tel que le conseil judiciaire d'une Première Nation (comme dans l'affaire *Edzerza*), mais plutôt par les adversaires politiques de la conseillère Whalen.

[26] À cet égard, je remarque que la Cour est intervenue dans des affaires de gouvernance des Premières Nations, malgré l'objection concernant la prématurité, lorsque le processus suivi semble être « complètement irrégulier » : *Okemow-Clark*, au paragraphe 27; voir aussi *Beardy c Beardy*, 2016 CF 383 aux paragraphes 58 à 61 [*Beardy*].

[27] Quatrièmement, donner suite à l'objection concernant la prématurité dans ce cas reviendrait à soustraire à l'examen une catégorie de décisions susceptibles de nuire à la bonne gouvernance des Premières Nations. Il est dans l'intérêt public de statuer sur les pouvoirs des conseils des Premières Nations dans des circonstances similaires.

[28] Par conséquent, je rejeterais l'objection préliminaire de la PNF.

B. *Le pouvoir de suspension du conseil*

[29] Cela m'amène à la question principale dans cette affaire, à savoir si le conseil de la PNFM avait le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen. À cet égard, la conseillère Whalen fait valoir que le Règlement électoral constitue un « code complet » et qu'il ne confère au conseil aucun pouvoir de suspendre un conseiller en dehors de certaines situations très spécifiques, qui ne sont pas applicables en l'espèce. La PNFM, de son côté, n'identifie aucune disposition particulière du Règlement électoral qui justifierait la décision contestée. La PNFM fait plutôt valoir que le Règlement électoral ne constitue pas un énoncé exhaustif de ses coutumes et qu'il existe une coutume non écrite permettant au conseil de suspendre un conseiller. À titre subsidiaire, la PNFM affirme que le pouvoir de suspension du conseil découle de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, LRC 1985, c I-5, ou de la « nécessité ». Pour les raisons qui suivent, je rejette les arguments de la PNFM et je conclus que le conseil n'était pas habilité à suspendre la conseillère Whalen.

1) Norme de contrôle

[30] Une première étape pour évaluer la validité de la décision contestée consiste à déterminer la norme de contrôle applicable. La conseillère Whalen soutient que la norme est celle de la décision correcte, car la compétence du conseil est en cause. Néanmoins, des arguments similaires ont été rejetés par la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Première Nation de Fort McKay c Orr*, 2012 CAF 269 aux paragraphes 8 à 11 [*Orr*]. La Cour a noté que les prétendues questions de compétence sont mieux décrites comme des questions d'interprétation législative qui, selon la jurisprudence récente de la Cour suprême, sont examinées selon la norme de la

décision raisonnable. En effet, des arrêts récents de la Cour d'appel fédérale ont uniformément appliqué la norme de la décision raisonnable à l'examen de décisions rendues par des organismes des Premières Nations, même lorsque des prétendues questions de « compétence » étaient soulevées : *D'Or c St. Germain*, 2014 CAF 28 aux paragraphes 5 à 7; *Johnson c Tait*, 2015 CAF 247 au paragraphe 28 [*Johnson*]; *Lavallee c Ferguson*, 2016 CAF 11 au paragraphe 19; *Coutlee c Bande indienne de Lower Nicola*, 2016 CAF 239 au paragraphe 5; *Premières Nations de Cold Lake c Noel*, 2018 CAF 72 au paragraphe 24.

2) La « coutume » et les sources du droit autochtone

[31] La PNFM a invoqué plusieurs sources de droit autochtone pour étayer la résolution contestée. Avant de passer en revue les arguments de la PNFM, il est utile d'expliquer quelles sont ces sources et leur relation les unes par rapport aux autres.

[32] Pour un grand nombre de Premières Nations, y compris la PNFM, la *Loi sur les Indiens* énonce que le conseil est choisi en fonction de la « coutume » de la Première Nation, mais ne définit pas en quoi consiste cette « coutume » ni qui détient le pouvoir de l'énoncer. Dans ce sens, la « coutume » ne signifie pas nécessairement une loi enracinée dans la pratique ou dans la tradition historique. Comme le professeur John Borrows le soutient à juste titre, [TRADUCTION] « toutes les lois autochtones ne sont pas coutumières à la base ou dans leur expression, comme on le suppose souvent » : *Canada's Indigenous Constitution* (Toronto : University of Toronto Press, 2010) à la page 24 [Borrows, *Indigenous Constitution*]. Un examen de la jurisprudence de la Cour montre que nous entendons par « coutume » les normes résultant de l'exercice de la capacité inhérente des Premières Nations d'adopter leurs propres lois (*Gamblin c Conseil de la*

Nation des Cris de Norway House, 2012 CF 1536 au paragraphe 34; *Pastion*, au paragraphe 13; *Mclean c Tallcree First Nation*, 2018 CF 962 au paragraphe 10). En d'autres termes, la coutume « constitue plutôt un mode consensuel et communautaire de production du droit qui, sans être contraint au plan matériel par les pratiques des ancêtres, permet aux contemporains de tracer leur propre itinéraire entre tradition et modernité » (Ghislain Otis, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004) 49 RD McGill 393 aux pages 402 et 403). Ainsi, il peut être préférable d'utiliser l'expression « droit autochtone » au lieu de « coutume ». Notre Cour est prête à reconnaître l'existence d'une règle de droit autochtone lorsqu'il est démontré qu'elle reflète le large consensus des membres d'une Première Nation : *Bigstone c Big Eagle*, [1993] 1 CNLR 25 (CFPI), au paragraphe 34.

[33] Un tel « large consensus » peut survenir de deux manières principales. Premièrement, une loi peut être adoptée à la majorité des voix des membres d'une Première Nation, soit en assemblée, soit par référendum : *McLeod Lake Indian Band c Chingee* (1998), 165 DLR (4th) 358 (CFPI). Afin d'évaluer si une décision de la majorité des membres ayant droit de vote constitue un « large consensus », il faut examiner plusieurs facteurs, tels que l'adéquation de l'avis et de la procédure, le taux de participation, la possibilité pratique de localiser des membres, etc. : *Taypotat c Taypotat*, 2012 CF 1036 aux paragraphes 29 à 35. À cet égard, mon collègue le juge Paul Favel, a récemment souligné que le consensus était un concept qui ne peut être réduit à de simples chiffres, dans la décision *Alexander c Conseil coutumier de la Première Nation Anishinabe de Roseau River*, 2019 CF 124, au paragraphe 18 :

L'importance des lois autochtones réside dans le vaste soutien communautaire quant aux lois, lesquelles sont habituellement rédigées avec les conseils de gardiens du savoir respectés, ainsi

que dans le soutien et le respect des organismes et des processus établis par ces lois.

[34] L'atteinte d'un consensus, définie de cette manière, peut effectivement combiner les avantages de ce que le professeur Borrows appelle les sources « délibérantes » et « positivistes » du droit autochtone : Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 35 à 51.

[35] Une Première Nation peut même réglementer la manière dont ses membres exprimeront leur « large consensus » à l'avenir. De nombreux codes électoraux ou autres lois autochtones contiennent une formule de modification qui prescrit une procédure spécifique pour leur propre modification. La question de savoir si ces formules de modification sont contraignantes ou si un « large consensus » ultérieur peut modifier la loi sans suivre la formule de modification est une question que je n'ai pas besoin de résoudre aux fins de la présente affaire (voir les perspectives opposées dans les décisions *Bruno c Nation Crie de Samson*, 2006 CAF 249 au paragraphe 39; et *Eikland c Johnny*, 2010 CF 854 aux paragraphes 25 à 27).

[36] Un deuxième sens de « coutume » va toutefois au-delà de l'adoption d'une loi par un vote majoritaire. Dans ce cas, le « large consensus » peut être démontré par une ligne de conduite qui exprime l'accord tacite des membres de la Première Nation sur une règle particulière. Cela est plus proche du sens habituel du concept de « coutume », par exemple en droit international, qui implique une pratique et la reconnaissance par les personnes concernées que cette pratique est contraignante. Voir aussi Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 51 à 55; Jeremy Webber, « The Grammar of Customary Law » (2009) 54 RD McGill 579.

[37] Il peut être nécessaire de recourir à la coutume, entendue en ce sens, lorsque le processus d'adoption d'une loi à la majorité n'a pas abouti ou en cas de confusion quant à l'issue : voir, par

exemple, *Bone c Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 CNLR 54 (CFPI);
Catholique c Conseil de Bande de la Première Nation des Lutsel K'e, 2005 CF 1430.

[38] Une situation plus difficile se présente lorsqu'on allègue qu'une coutume non écrite s'est développée parallèlement à une loi autochtone écrite. Au lieu d'adopter une règle fixe donnant la priorité à un type de loi par rapport à un autre, notre Cour a adopté une approche pragmatique et a examiné laquelle des deux sources en conflit suscite le consensus de la communauté. Dans la décision *Francis c Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 CF 1133 [*Francis*], mon collègue le juge Luc Martineau a fait les remarques suivantes (aux paragraphes 35 et 36) :

Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l'application d'une règle codifiée et viennent préciser ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande qui aura une existence en soi et dont le contenu sera parfois différent de celui de la règle codifiée applicable à une question donnée. Dans ce genre de situations, compte tenu de la nature changeante de la coutume, il sera nécessaire de vérifier s'il existe un large consensus au sein de la communauté relativement au contenu d'une règle ou de la façon dont elle sera appliquée.

Pour qu'une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un « large consensus » quant à son applicabilité. Cette description exclurait les comportements sporadiques visant à corriger des difficultés d'application exceptionnelles à un moment donné ainsi que d'autres pratiques qui sont manifestement considérées au sein de la communauté comme des pratiques suivies à titre d'essai. S'il existe, ce « large consensus » prouvera la volonté de la communauté à un moment donné de ne pas considérer le code électoral adopté comme un document exhaustif et exclusif.

[39] Dans cette affaire, le juge Martineau a conclu qu'un code électoral provisoire prétendument adopté lors d'une assemblée des membres de la Première Nation et excluant les

non-résidents du droit de vote ne représentait pas la coutume de la Première Nation, en raison de la très faible participation à la réunion. On ne pouvait donc pas dire que les dispositions de ce code provisoire reflétaient un large consensus. Ainsi, le juge Martineau a invoqué la pratique constante de permettre aux membres non résidents de voter pour déterminer quelle était la coutume.

[40] En appliquant le cadre analytique présenté par le juge Martineau dans la décision *Francis*, il ne faut jamais perdre de vue la différence entre une dérogation à la règle et l'adoption d'une nouvelle règle. Le juge Martineau lui-même était sensible à la question lorsqu'il a averti que les « comportements sporadiques » destinés à faire face à des circonstances imprévues ne changent pas nécessairement la loi. Les Premières Nations qui choisissent délibérément de donner une forme écrite à leurs principes de gouvernance ne doivent pas être privées de la certitude associée au droit écrit simplement parce que ce droit n'est pas strictement respecté. Cependant, il peut arriver qu'une Première Nation décide clairement de changer ses façons de faire sans prendre la peine de modifier sa loi écrite. Dans un tel cas, la Cour ne rendrait pas justice si elle insistait pour que la loi écrite soit strictement respectée.

[41] Avant de passer à l'analyse du Règlement électoral de la PNFM et de la coutume alléguée, il convient de répéter que la coutume doit être prouvée par la partie qui l'allègue : *Orr*, au paragraphe 20; *Francis*, au paragraphe 21; *Beardy*, au paragraphe 102; *Gadwa*, au paragraphe 50.

3) Le Règlement électoral est un code complet

[42] L'argument de base de la conseillère Whalen est que le conseil n'avait pas le pouvoir de la suspendre, ce pouvoir n'étant pas expressément conféré par le Règlement électoral. Je suis d'accord avec la conseillère Whalen. Le Règlement électoral ne prévoit que deux cas où le conseil peut suspendre un conseiller : lorsqu'un conseiller omet d'assister à trois réunions du conseil sans motif valable et lorsqu'un conseiller est inculpé d'un acte criminel (article 18.8). Il serait donc déraisonnable que le conseil s'arroge le pouvoir de suspendre un conseiller dans toute autre circonstance.

[43] L'argument de la conseillère Whalen s'appuie sur l'arrêt *Orr* de la Cour d'appel fédérale, qui portait sur un code électoral qui présentait des similitudes importantes avec celui de la PNF. Comme en l'espèce, le conseil a prétendu suspendre un conseiller en se fondant sur un pouvoir « inhérent » ou une coutume non écrite, malgré le fait que le code électoral ne lui conférait pas un tel pouvoir. Le juge David Stratias a déclaré qu'il était déraisonnable d'ancrer un tel pouvoir en dehors du code électoral (paragraphes 18 à 19):

Le code électoral contient des dispositions rédigées avec soin et précision et avec force détails qui prévoient à quel moment et de quelle manière les conseillers peuvent être destitués ou suspendus. Il serait étonnant qu'on puisse contourner aussi facilement une réglementation aussi exigeante en invoquant un pouvoir inhérent général, non défini, comme l'affirment le chef et le conseil.

L'esprit démocratique qui imprègne les dispositions du code électoral affaiblit également la portée de l'argument selon lequel le conseil pourrait tout simplement agir de son propre chef en s'appuyant sur un pouvoir inhérent. Comme nous le verrons, les dispositions pertinentes du code électoral exigent un vote démocratique des électeurs de la Première Nation avant que la suspension ou destitution ne prenne effet. Ces dispositions doivent être interprétées en tenant compte du fait qu'un conseiller occupe

ses fonctions en raison du vote majoritaire des électeurs de la Première Nation. Un paragraphe du préambule du code électoral souligne que [TRADUCTION] « la culture, les valeurs et l'épanouissement de la Première Nation de Fort McKay [ainsi que] la sélection et la destitution des administrateurs reposent sur des principes démocratiques ». Les dispositions pertinentes du code électoral et ce paragraphe du préambule ont été adoptés démocratiquement : ils ne sont entrés en vigueur qu'après que la majorité des électeurs de la Première Nation a ratifié le code électoral.

[44] Autant que je sache, le code électoral étudié dans l'arrêt *Orr* présente d'importantes similitudes avec celui de la PNF. Le préambule du code de la PNF déclare que ses coutumes [TRADUCTION] « requièrent des élections démocratiques, justes et ouvertes. » Il énonce également que les [TRADUCTION] « coutumes, politiques et lois » de la PNF concernant [TRADUCTION] « la gouvernance et les élections du chef et du conseil » figuraient alors dans une version antérieure du règlement et que l'intention était de remplacer ce règlement. L'article 23.1 indique également que [TRADUCTION] « Le présent règlement remplace tous codes, règlements et procédures antérieurs de la Première Nation en matière d'élection. » Cela suggère que, comme dans l'affaire *Orr*, le Règlement électoral était censé être un « code complet », ne laissant aucune place à l'application des coutumes non écrites concernant les mêmes questions.

[45] Néanmoins, la PNF affirme que l'arrêt *Orr* peut être distingué. Elle affirme que le Règlement électoral ne traite pas de la question de la suspension avec solde, par opposition à la suspension sans solde, et que la disposition relative au « code complet » (article 23.1) fait uniquement référence à la destitution, pas à la suspension. Elle soutient également que la suspension avec solde est une question de discipline interne des membres du conseil, une question qui n'est pas couverte par le Règlement électoral.

[46] Je ne suis pas sûr que les distinctions que la PNFM tente d'établir avec l'arrêt *Orr* soient soutenables. Cependant, je rejette les arguments de la PNFM pour des raisons plus fondamentales : ils reposent sur une analogie incorrecte entre les employés et les titulaires de charges publiques et bouleverseraient la structure politique mise en place par le Règlement électoral.

[47] Le Règlement électoral est une expression de la volonté des membres de la PNFM de déléguer certains pouvoirs au conseil, tout en demeurant responsables de la sélection des membres du conseil. Non seulement les conseillers sont-ils élus par les membres, mais ils ne peuvent être destitués que par un vote de l'ensemble des membres (article 18.6 et 18.7). Le conseil n'a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l'ensemble des membres.

[48] Il est évident que le règlement électoral a établi une distinction entre deux sources d'autorité politique : les membres de la PNFM et le conseil. Le conseil est subordonné aux membres. S'il s'arrogeait un pouvoir non conféré par le Règlement électoral, il se trouverait à « exerc[er] un pouvoir allant à l'encontre de la volonté de la majorité des électeurs » :

Roseau River, au paragraphe 21. En fait, cela ferait fi de la hiérarchie entre les lois adoptées par les membres de la PNFM et celles que le conseil est habilité à adopter. Ce serait déraisonnable. Les lois adoptées par l'ensemble des membres sont analogues aux constitutions. Elles constituent la loi suprême de la Première Nation en question et doivent l'emporter sur les lois et décisions incompatibles prises par le conseil : voir, par analogie, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 RCS 217, aux paragraphes 72 à 74 [*Renvoi relatif à la sécession*]; voir aussi,

en ce qui concerne les constitutions des Premières Nations, *Lafferty c Tlicho Government*, 2009 NWTSC 35.

[49] Dans ce contexte, la distinction suggérée par la PNFM entre suspension et destitution est insoutenable. Tant l'une que l'autre empêchent un conseiller d'exercer ses pouvoirs et fonctions, y compris le droit de participer et de voter aux réunions du conseil. Le motif invoqué pour refuser au conseil le pouvoir de suspendre (ou de destituer) les conseillers est évident. La suspension par le conseil priverait les électeurs de la PNFM du droit de choisir leurs dirigeants. La suspension d'un conseiller a pour effet pratique d'annuler les résultats de l'élection et de priver les électeurs de toute représentation : *Prince c Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268 au paragraphe 31 [*Prince*]. Cela ne peut être raisonnablement réconcilié avec l'objectif et la structure du Règlement électoral.

[50] De plus, en démocratie représentative, le gagnant ne remporte pas tout. Même si les décisions peuvent être prises par la majorité d'un organe représentatif tel que le conseil de la PNFM, cela doit se faire dans le cadre d'un processus qui permet la délibération et l'expression des voix divergentes. Pour citer à nouveau le professeur Borrows (*Indigenous Constitution*, aux pages 38 et 39) :

[TRADUCTION] Heureusement, le fait que de nombreuses lois autochtones reposent sur des processus de délibération permet de prendre en compte des points de vue non alignés ou divergents lors de la formulation de la loi. Lorsqu'une société établit, proclame et applique ses lois, il y a forcément désaccord. La plupart des systèmes juridiques qui respectent les libertés et la dignité individuelles doivent trouver des moyens pacifiques de traiter les oppositions en leur sein. Cela nécessite que les points de vue divergents soient traités de manière à favoriser une écoute, une discussion et une résolution ordonnées et respectueuses.

[51] La Cour suprême du Canada a formulé des remarques similaires, bien qu'elles ne portent pas sur la situation particulière des peuples autochtones, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 68 :

Nul n'a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l'emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

[52] Si la majorité des membres du conseil avait le pouvoir de suspendre des conseillers, il y aurait un risque de transformer la délibération en monologue et d'exclure complètement les conseillers dissidents.

[53] Dans leur grande sagesse, les membres de la PNFM ont décidé de se réserver le pouvoir de destituer et de suspendre les conseillers et de priver le conseil du pouvoir d'agir seul à l'égard de ces questions, sauf dans certaines circonstances spécifiques qui ne s'appliquent pas en l'espèce. Dans le Règlement électoral, l'absence de disposition autorisant la suspension dans les circonstances de la présente affaire peut fort bien constituer un choix délibéré : *Johnson*, paragraphe 31. Ce choix délibéré ne crée pas une lacune que notre Cour devrait combler.

[54] Le fait de formuler la question comme une question de « discipline » n'aide en rien la PNFM. Il est vrai que le pouvoir de suspendre un employé a été considéré comme étant inhérent au contrat de travail : *Cabiakman c Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 RCS 195. Une suspension sans solde peut être une forme de punition moins grave que le licenciement, imposée lorsque l'employé a adopté un comportement fautif. Une

suspension avec solde peut être imposée pour diverses raisons, y compris des raisons qui n'emportent pas de jugement sur la conduite de la personne concernée. Une personne occupant une charge publique n'est cependant pas un employé. La flexibilité inhérente à la relation de travail s'accorde mal avec le fait que les titulaires d'une charge publique sont élus (ou, dans certains cas, nommés) à leur poste. L'élection ou la nomination confère aux titulaires de charges publiques un degré d'indépendance important, incompatible avec la subordination inhérente à une relation d'emploi. En termes simples, le conseil n'est pas « le patron » des conseillers. Ainsi, comme l'a souligné la Cour d'appel fédérale, « je ne crois pas qu'il soit opportun, dans le contexte de la destitution par la branche exécutive du gouvernement d'une personne nommée à titre amovible, d'importer des concepts généralement associés à un congédiement injuste en droit du travail » : *Pelletier c Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6 au paragraphe 49, [2007] 4 RCF 81.

[55] D'autres arrêts de notre Cour ont rejeté les arguments selon lesquels le conseil d'une Première Nation a un pouvoir inhérent de suspendre des conseillers lorsque le code électoral couvre le sujet et ne prévoit pas un tel pouvoir : *Lafond c Première Nation crie du lac Muskeg*, 2008 CF 726; *Laboucan c Nation crie de Little Red River n° 447*, 2010 CF 722; *Louie c Louie*, 2018 CF 550 au paragraphe 28. Dans la décision *Prince*, la Cour a conclu que la suspension d'un conseiller équivalait à une destitution et n'était pas autorisée par le code électoral. Dans la mesure où la Cour dans cette affaire a mentionné un pouvoir implicite de suspendre un conseiller, il semble qu'elle se référait à une suspension de responsabilités spécifiques, et non du poste de conseiller en tant que tel (au paragraphe 31).

4) Aucune preuve d'une coutume en dehors du Règlement électoral

[56] Les observations qui précèdent devraient être suffisantes pour statuer sur la présente demande : le Règlement électoral n'autorise pas le conseil à suspendre la conseillère Whalen et constitue un code complet à cet égard, ne laissant aucune place à d'autres règles. Néanmoins, je vais examiner l'argument de la PNFM selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir. En dernière analyse, j'estime que la PNFM ne s'est pas déchargée du fardeau de prouver cette coutume.

[57] La coutume alléguée ne repose sur aucune tradition politique autochtone, d'un point de vue historique. Elle est plutôt fondée sur la pratique récente de la démocratie au sein de la PNFM. À cet égard, la preuve présentée par la PNFM porte sur trois événements de son histoire récente, qu'elle décrit comme des suspensions de conseillers. La conseillère Whalen a pour sa part fourni des affidavits de membres de la PNFM affirmant qu'aucune coutume n'autorisait le conseil à suspendre des conseillers. En contre-interrogatoire, ces témoins ont reconnu sans détour l'existence de ces trois événements. Ce sur quoi l'on ne s'entend pas, c'est le processus précis suivi dans chaque affaire, la caractérisation appropriée à donner à ces événements et la possibilité d'en déduire une règle coutumière.

[58] Il convient de noter que la coutume alléguée par la PNFM constitue en réalité un ajout non écrit à un code électoral écrit. C'est une coutume formulée en utilisant les concepts, tels que pouvoir ou charge publique, qui découlent des traditions juridiques occidentales. Elle est censée compléter un code électoral visant à établir un système démocratique et décrivant avec précision

les droits, pouvoirs et devoirs des participants au système. Par conséquent, la preuve nécessaire pour établir une telle coutume doit être suffisamment précise pour montrer qu'il existe un large consensus sur la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs doivent être modifiés.

[59] Chaque partie a cherché à mettre en doute la crédibilité des témoins de l'autre partie. En lisant les transcriptions de leur contre-interrogatoire, je constate que les témoins des deux parties, en particulier ceux mentionnés dans les présents motifs, ont fait de leur mieux pour relater ce qu'ils ont appris sur des événements survenus il y a un certain temps. En effet, certains des événements en cause se sont possiblement produits il y a plus de 25 ans. De plus, à une exception près, les témoins n'étaient pas membres du conseil lorsque ces événements ont eu lieu et ils ne connaissent pas personnellement la nature précise des mesures prises par le conseil. Les personnes prétendument suspendues n'ont pas témoigné. En ce qui concerne deux des trois cas présumés de suspension, il existe peu de preuves écrites pour corroborer les souvenirs des témoins. Aucune résolution du conseil n'a été produite en preuve. En effet, Joann Cheecham, l'un des témoins de la PNFМ, a déclaré qu'elle ne croyait pas qu'une résolution du conseil ait été adoptée concernant les trois suspensions alléguées, mais qu'un processus plus informel, pouvant comporter une « lettre de suspension », avait été suivi (dossier de la demanderesse, à la page 353). Aucune lettre de ce genre n'a été produite en preuve. Comme la PNFМ aurait probablement été en possession de ces documents s'ils existaient, leur absence suggère que le conseil n'a pas exercé le prétendu pouvoir coutumier de suspension.

[60] Gardant cela à l'esprit, je peux maintenant aborder chacun de ces trois incidents.

[61] Au début des années 1990, le conseiller Ronald Cardinal a été impliqué dans un accident de voiture causant de graves blessures corporelles. Plusieurs témoins ont déclaré qu'il avait été reconnu coupable et condamné à une peine de prison à la suite de cet accident. Nous ne savons pas si l'accident s'est produit alors que le code électoral de 1993 était en vigueur. L'alinéa 15.1f) de ce code stipulait qu'un conseiller accusé d'un acte criminel pouvait être suspendu et qu'en cas de condamnation, la suspension deviendrait « permanente ». Cet alinéa n'indiquait pas clairement qui pouvait prendre de telles mesures. La preuve ne révèle pas clairement si un code électoral contenant des dispositions similaires était en vigueur avant 1993.

[62] Tous les témoins s'accordent pour dire que le conseiller Cardinal a quitté son poste au conseil à la suite de l'accident et des accusations qui en ont résulté et n'est jamais revenu. La façon dont cela s'est déroulé n'est pas tout à fait claire. Joann Cheecham a témoigné que le conseiller Cardinal avait été suspendu sur la base des dispositions du Règlement électoral relatives aux conseillers accusés d'un acte criminel (dossier de la demanderesse, à la page 360). Doris Charbonneau a témoigné que le conseiller Cardinal lui avait dit qu'il avait été suspendu (dossier de la demanderesse, à la page 382). Pour sa part, James Woodward a témoigné que le conseiller Cardinal avait été destitué (dossier de la défenderesse, aux pages 301 et 302). Marie (Buffy) Cheecham a témoigné comme suit (dossier de la défenderesse, à la page 348; et aux pages 354 à 355) :

[TRADUCTION] [...] Je crois qu'il a été accusé, mais ensuite, ils ne l'ont pas destitué du conseil; il n'est simplement plus jamais revenu. Et puis, lorsque les prochaines élections ont eu lieu, peu de temps après, les membres de la bande ont simplement voté pour une autre personne.

[63] À la lumière de tous les éléments de preuve, la séquence d'événements la plus probable est que le processus prévu à l'alinéa 15.1f) du code électoral de 1993 a été lancé et que le conseiller Cardinal a été suspendu du conseil. Comme cette suspension a été décidée sur la base des dispositions du code alors en vigueur, elle ne prouve pas la coutume alléguée de suspendre des conseillers en dehors des dispositions du code.

[64] Nancy Cree a été élue au conseil en 2008, mais n'a pas pu conserver sa résidence dans la réserve, comme l'exige le code électoral de 1993, en grande partie parce qu'elle a dû quitter sa maison dans la communauté après avoir découvert qu'elle était attaquée par la moisissure. La preuve montre qu'une grande partie des membres de la PNFM ont signé une pétition pour sa destitution (dossier de la demanderesse, aux pages 435 à 438). Une lettre d'un avocat représentant la PNFM indique que la conseillère Cree a été « destituée » du conseil le 24 mars 2011 (dossier de la demanderesse, à la page 368). Cette décision a été prise par le conseil, car l'article 15.2 du code électoral de 1993 n'exigeait pas un nouveau vote des membres une fois la pétition signée. La conseillère Cree a alors introduit une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour, mais celle-ci a été réglée. Albert Cree, qui était chef et opposant politique de la conseillère Cree à l'époque, a témoigné à propos de ces événements (dossier de la défenderesse, à la page 326). Bien qu'il ait utilisé le mot « suspension », il a insisté sur le fait que les mesures prises étaient conformes au Règlement électoral, qui ne prévoyait alors qu'une destitution dans de telles circonstances. Ainsi, il est plus probable qu'improbable que la conseillère Cree ait été destituée conformément aux dispositions du code en vigueur à l'époque. Encore une fois, cela ne prouve pas la coutume alléguée par la PNFM.

[65] Marilyn Cree (également connue sous le nom de Marilyn Cardinal) a connu des problèmes de toxicomanie alors qu'elle était membre du conseil dans les années 1990. La conseillère Cree s'est absentée du conseil alors qu'elle suivait une cure de désintoxication. La PNFM prétend qu'il s'agit d'une suspension. La preuve révèle toutefois que cela était probablement le résultat d'une entente. Joann Cheecham, pour sa part, a témoigné que la conseillère Cree avait accepté de se faire soigner (dossier de la demanderesse, aux pages 354 et 355). Marie (Buffy) Cheecham a déclaré que [TRADUCTION] « c'était plus volontaire qu'autre chose » (dossier de la défenderesse, à la page 351). Si le retrait de la conseillère Cree du conseil est le résultat d'une entente, cela ne peut constituer une preuve d'une coutume selon laquelle le conseil a le pouvoir de suspendre des conseillers. Comme l'a dit le juge Martineau dans la décision *Francis*, « les comportements sporadiques » ne font pas coutume. Il ne s'agit pas, comme l'affirme la PNFM, de privilégier la forme par rapport au fond. La PNFM affirme qu'il existe une règle précise habilitant son conseil à suspendre des conseillers contre leur volonté. Pour prouver une telle coutume, il doit apporter la preuve de pratiques qui correspondent à cette description. Il est tout à fait possible qu'un conseiller accepte de se retirer temporairement du conseil sans que ce dernier ait le pouvoir de le forcer à le faire.

[66] En résumé, bien qu'il semble que les trois personnes concernées se soient retirées du conseil, la preuve ne permet pas d'établir que cela résultait du prétendu pouvoir coutumier du conseil de suspendre des conseillers. Dans deux des trois affaires, la preuve suggère que la suspension ou la destitution avait été décidée conformément aux processus expressément prévus dans le Règlement électoral ou son prédécesseur de 1993. Dans l'une de ces affaires, notre Cour a été saisie d'une contestation, mais celle-ci a été réglée. Il est donc difficile de tirer des

conclusions quant à un consensus sur le bien-fondé de ce qui s'est produit. Le troisième événement, selon toute vraisemblance, était un retrait volontaire du conseil alors que la personne concernée suivait un traitement.

[67] La PNFM ne s'est donc pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière.

5) L'article 81 de la *Loi sur les Indiens*

[68] La PNFM soutient que la décision contestée pourrait, en plus des pouvoirs inhérents ou coutumiers, être fondée sur l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*. L'article 81 confère au conseil des bandes indiennes (c.-à-d. des Premières Nations) un pouvoir de prendre des règlements administratifs concernant une gamme de sujets qui sont généralement liés à la gouvernance locale. La PNFM souligne, en particulier, « l'observation de la loi et le maintien de l'ordre » (alinéa 81(1)c)) et « la répression de l'inconduite et des inconvénients » (article 81(1)d)).

Comme la résolution du conseil du 10 janvier 2019 ne faisait pas référence à l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, il est fort probable que le fait de soulever cette question à ce stade enfreindrait l'interdiction de compléter les décisions administratives en offrant des motifs que le décideur a choisi de ne pas soulever : *Delta Air Lines Inc. c Lukács*, 2018 CSC 2 au paragraphe 24, [2018] 1 RCS 6. Quoiqu'il en soit, je démontrerai pourquoi cet argument n'a aucun fondement.

[69] L'origine de l'article 81 peut être retracée jusqu'aux premières versions de la *Loi sur les Indiens* adoptée au XIX^e siècle. À cette époque, l'un des objectifs de la Loi consistait à inciter progressivement les peuples autochtones à adopter des formes de gouvernement démocratiques.

Ainsi, l'Acte *pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, SC 1869, c 6, article 10, a permis au gouvernement fédéral d'ordonner la tenue d'élections pour le conseil d'une bande indienne donnée. Ce conseil aurait alors le pouvoir de prendre des règlements concernant certaines questions de nature locale ou « municipale », comme « les mesures à prendre pour empêcher les bestiaux de commettre des dégâts sur la propriété d'autrui » ou « l'entretien des chemins ». Cette liste a été élargie au fil des ans pour s'étendre à des domaines tels que la réglementation de la circulation ou la résidence des membres de la bande. En mentionnant cela, je ne dis pas qu'une Première Nation n'aurait pas de pouvoirs inhérents concernant les mêmes questions, mais simplement que la *Loi sur les Indiens* a prévu un mécanisme pour donner la force d'un règlement fédéral à un certain type de législation autochtone : *R c Jimmy*, [1987] 3 CNLR 77 (CACB), au paragraphe 12. Bien que les pouvoirs conférés par l'article 81 aient parfois été interprétés de manière restrictive (*R c Lewis*, [1996] 1 RCS 921; *Bande indienne de St. Mary's c Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 3 CF 461 (1^{re} inst), conf. par (1996), 136 DLR (4th) 767 (CAF); *Laforme c Conseil de bande de la Première Nation des Mississaugas de New Credit*, [2000] 4 CNLR 118 (CAF)), la Cour suprême du Canada semble avoir adopté une vision plus large dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 RCS 3. Voir également, à ce sujet, Naomi Metallic, « Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re)Assert Control over Local Matters Now and not Later » (2016) 67 UNBLJ 211.

[70] L'article 81 doit néanmoins recevoir une interprétation compatible avec la logique et la structure de la *Loi sur les Indiens*. Les élections au conseil d'une Première Nation sont régies par

les articles 74 à 80. En particulier, le paragraphe 78(2) énonce les motifs de destitution d'un chef ou d'un conseiller. Le législateur ne pouvait avoir eu l'intention de permettre aux conseils des Premières Nations de prendre, en se fondant sur l'article 81, des règlements qui s'écarteraient des règles énoncées aux articles 74 à 80, par exemple en prévoyant d'autres motifs de destitution ou de suspension.

[71] La même règle s'applique lorsqu'une Première Nation n'est pas assujettie aux articles 74 à 80 et a adopté ses propres lois électorales. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que « les coutumes électorales ne sont pas des « règlements administratifs » au sens des articles 81 à 86 de la Loi sur les Indiens » : *Louie c Louie*, 2018 CF 550, au paragraphe 18. Leur validité et leur force juridique ne découlent pas de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, les règlements administratifs pris en application de l'article 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d'une Première Nation, puisqu'ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir.

[72] Comme notre jurisprudence l'a clairement précisé, les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le « large consensus » de leurs membres. En revanche, il n'est pas nécessaire que les règlements pris en application de l'article 81 soient approuvés par les membres d'une Première Nation ou qu'ils reflètent leur large consensus. Autoriser les règlements administratifs pris en application de l'article 81 à faire quelque chose que les membres d'une Première Nation ont délibérément choisi de ne pas autoriser le conseil à faire détruirait cette relation entre ces deux sources d'autorité, à savoir l'ensemble des membres et le conseil.

[73] En effet, alors que les Premières Nations élaborent des cadres de gouvernance en dehors de la *Loi sur les Indiens*, le conseil d'une Première Nation ne peut utiliser les pouvoirs conférés par l'article 81 pour modifier ces cadres d'une manière qui n'avait pas été envisagée lors de leur création.

[74] L'argument de la PNFM pose un autre problème : la décision contestée n'était tout simplement pas un règlement censé être pris en application de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*. Une résolution du conseil n'est pas nécessairement un règlement administratif pris en application de l'article 81. Les résolutions peuvent être adoptées à diverses fins autres que la prise d'un règlement administratif. La PNFM soutient que la décision *Première nation de Berens River c Gibson-Peron*, 2015 CF 614 au paragraphe 95, appuie la proposition selon laquelle une résolution du conseil est toujours un règlement administratif. Ce n'est tout simplement pas ce que ma collègue la juge Cecily Strickland a dit dans cette décision. Cependant, dans la décision *Gamblin c Norway House Cree Nation*, [2001] 2 CNLR 57 (CFPI), il a été décidé qu'une résolution du conseil n'est pas un règlement administratif si la procédure décrite aux articles 81 à 85.1 n'est pas suivie. En l'espèce, à sa simple lecture, la résolution du conseil contestée ne vise pas à édicter un règlement administratif. De plus, elle n'a pas été publiée conformément à l'article 86 de la *Loi sur les Indiens*. Un communiqué de presse annonçant la suspension de la conseillère Whalen et une note de service adressée aux employés de la PNFM dans le même sens ne répondent pas aux exigences de l'article 86.

6) Nécessité ou pouvoir inhérent

[75] La PNFM fait également valoir que le pouvoir du conseil de suspendre un conseiller est « inhérent ». Elle soutient aussi que ce pouvoir tire son origine du principe de nécessité, étant donné que l'absence d'un tel pouvoir conduirait à un « résultat intolérable » ou à une absurdité.

[76] L'adjectif « inhérent » est généralement utilisé, dans ce contexte, pour décrire des pouvoirs qui ne trouvent pas leur source dans les catégories habituelles du droit canadien, mais plutôt dans les systèmes juridiques autochtones, indépendamment du droit canadien. Par exemple, comme je l'ai expliqué ci-dessus, le pouvoir d'adopter des lois électorales n'est pas conféré par la *Loi sur les Indiens*. Il découle du pouvoir inhérent des communautés des Premières Nations, bien que son résultat soit reconnu par la *Loi sur les Indiens*.

[77] Identifier le titulaire d'un pouvoir inhérent n'est pas toujours facile. En principe, la question devrait être résolue par le système juridique autochtone pertinent : voir, par analogie, *William v British Columbia*, 2012 BCCA 285, aux paragraphes 149 à 156, infirmée pour d'autres motifs par *Nation Tsilhqot'in c Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 RCS 257. Dans le contexte des élections, la Cour a conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée. Ce faisant, la Cour a déterminé qui a le pouvoir inhérent d'adopter de telles lois ou, du moins, à qui elle reconnaîtrait ce pouvoir. À moins de nous contredire, nous ne pouvons pas reconnaître une autre source de pouvoir. La PNFM ne peut donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la conseillère Whalen.

[78] Dans la mesure où la PNFM invoque une notion distincte de nécessité pour appuyer un pouvoir qui a été délibérément omis dans le Règlement électoral, les mêmes considérations s'appliquent. Il est vrai que le règlement des différends relatifs à la gouvernance des Premières Nations exige parfois un certain degré de créativité de la part de notre Cour : *Mercredi c Première Nation du Fond Du Lac Denesuline*, 2018 CF 1272 aux paragraphes 50 à 56. Cependant, cela ne signifie pas que nous puissions, de manière générale, reconnaître de larges pouvoirs aux conseils des Premières Nations pour la seule raison que ces pouvoirs semblent avoir été omis dans les codes électoraux adoptés par les Premières Nations elles-mêmes. Ce n'est pas notre rôle. Si nous devions accepter cette invitation, nous élaborerions en fait une forme de droit commun de la gouvernance des Premières Nations qui se substituerait aux choix faits par celles-ci.

[79] De plus, la nécessité est une norme trop vague pour reconnaître des pouvoirs tels que le pouvoir de suspendre un conseiller. À cet égard, la PNFM soutient qu'il est absurde ou intolérable que le conseil n'ait pas le pouvoir de discipliner ses membres, par exemple lorsqu'un conseiller viole des normes éthiques. Mais la ligne de démarcation entre ce qui est nécessaire et ce qui est simplement souhaitable est difficile à tracer. Ce n'est pas à moi de tracer cette ligne. C'est plutôt aux membres de la PNFM qu'il incombe de décider des types de manquement à l'éthique qui justifient la suspension ou la destitution. En fait, on peut dire que certains des motifs de destitution expressément mentionnés dans le Règlement électoral reflètent des normes éthiques.

[80] La PNFM s'appuie sur la décision *Whitehead c Première Nation de Pelican Lake*, 2009 CF 1270, dans lequel mon collègue le juge Michel Shore a reconnu le pouvoir « inhérent » du conseil d'une Première Nation de suspendre un conseiller. Si je comprends bien ses motifs, il s'est fondé sur des affaires qui traitaient de la nécessité comme moyen de défense contre des allégations de partialité et de la nécessité comme synonyme du pouvoir accessoire de créer des infractions et de prévoir des sanctions. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, je ne peux pas accepter qu'un pouvoir non écrit ou inhérent de suspendre des conseillers puisse être fondé sur de tels principes, en grande partie pour les raisons que j'ai exposées précédemment. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où elle est invoquée comme précédent à l'appui de la proposition selon laquelle le conseil d'une Première Nation dispose de pouvoirs de suspension ou de destitution qui ne sont pas prévus dans un code électoral exhaustif, la décision *Whitehead* a été supplantée par l'arrêt *Orr* de la Cour d'appel fédérale.

IV. Décision

[81] Comme le conseil de la PNFM n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen dans les circonstances de la présente affaire, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie et la décision du conseil datée du 10 janvier 2019 sera annulée. Il s'ensuit que la conseillère Whalen sera réintégrée dans ses fonctions.

[82] La conseillère Whalen demande également une ordonnance de prohibition, empêchant la PNFM d'engager une procédure de suspension à son encontre ou d'engager de nouvelles procédures non autorisées par le Règlement électoral. En matière de contrôle judiciaire, toutefois, notre pratique habituelle consiste simplement à annuler la décision incriminée et à

laisser le décideur rendre une nouvelle décision, si nécessaire : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c Yansane*, 2017 CAF 48 au paragraphe 15. Je ne vois aucune raison de m'écarter de notre pratique habituelle. Il ressort des présents motifs que le conseil n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen et ne pourrait pas reprendre la même procédure. Quant à une ordonnance interdisant au conseil d'engager des procédures non conformes au Règlement électoral, il ne s'agit que d'une ordonnance d'obéir à la loi et elle ne serait pas utile.

[83] À l'audience, les deux parties ont demandé à être autorisées à présenter des observations sur les dépens après le prononcé du jugement. J'accède à cette demande. Par conséquent, la conseillère Whalen aura 30 jours à compter de la date du présent jugement pour présenter des observations, et la PNFM disposera de 10 jours à compter de la date à laquelle les observations de la conseillère Whalen seront déposées pour y répondre.

JUGEMENT dans le dossier T-146-19

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. La décision de la défenderesse de suspendre la demanderesse est annulée;
3. La question des dépens est différée.

« Sébastien Grammond »

Juge

COUR FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : T-146-19

INTITULÉ : SAMANTHA WHALEN c PREMIÈRE NATION N° 468
DE FORT MCMURRAY

LIEU DE L'AUDIENCE : EDMONTON (ALBERTA)

DATE DE L'AUDIENCE : LE 16 AVRIL 2019

JUGEMENT ET MOTIFS : LE JUGE GRAMMOND

DATE DES MOTIFS : LE 24 MAI 2019

COMPARUTIONS :

Edward H. Molstad, c.r.
Evan C. Duffy

POUR LA DEMANDERESSE

Joshua Jantzi
Anthony Mersich

POUR LA DÉFENDERESSE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Parlee McLaws LLP
Avocats
Edmonton (Alberta)

POUR LA DEMANDERESSE

Gowling (WLG) Canada LLP
Avocats
Calgary (Alberta)

POUR LA DÉFENDERESSE