

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20120827

Dossier : A-171-11

Référence : 2012 CAF 224

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

ENTRE :

**LE CHEF ET LE CONSEIL DES PREMIÈRES NATIONS
WHITE BEAR, en leur propre nom et en celui de tous les membres
des PREMIÈRES NATIONS WHITE BEAR**

appelants

et

**LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES
ET DU NORD CANADIEN, au nom de
Sa Majesté la Reine du chef du Canada**

intimé

et

**LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA BANDE D'OCEAN MAN,
en leur propre nom et en celui des membres de la BANDE INDIENNE D'OCEAN MAN**

intimés

Audience tenue à Saskatoon (Saskatchewan), le 12 mars 2012.

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 27 août 2012.

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE PELLETIER

Y A SOUSCRIT :

LA JUGE DAWSON

MOTIFS CONCOURANTS :

LE JUGE STRATAS

Cour d'appel fédérale



Federal Court of Appeal

Date : 20120827

Dossier : A-171-11

Référence : 2012 CAF 224

**CORAM : LE JUGE PELLETIER
LA JUGE DAWSON
LE JUGE STRATAS**

ENTRE :

**LE CHEF ET LE CONSEIL DES PREMIÈRES NATIONS
WHITE BEAR, en leur propre nom et en celui de tous les membres
des PREMIÈRES NATIONS WHITE BEAR**

appelants

et

**LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES
ET DU NORD CANADIEN, au nom de
Sa Majesté la Reine du chef du Canada**

intimé

et

**LE CHEF ET LES CONSEILLERS DE LA BANDE D'OCEAN MAN,
en leur propre nom et en celui des membres de la BANDE INDIENNE D'OCEAN MAN**

intimés

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE PELLETIER

INTRODUCTION

[1] Le chef et le conseil des Premières nations White Bear (White Bear) interjette appel de la décision du juge Phelan de la Cour fédérale (le juge), publiée à 2011 CF 361, [2011] A.C.F. n° 466 (motifs), par laquelle celui-ci a rejeté la demande de contrôle judiciaire, présentée par White Bear, de la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre) de transférer dans un compte d'attente une somme de 5 333 334 \$, qui était détenue dans des comptes au nom de White Bear. Il s'agit de savoir si le ministre a le droit d'agir ainsi et, le cas échéant, si sa décision est raisonnable.

[2] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que l'appel devrait être accueilli. Selon moi, le ministre a manqué à ses obligations, à titre de fiduciaire des fonds, en agissant comme il l'a fait.

LES FAITS

[3] La décision du ministre et la demande de contrôle judiciaire de White Bear font partie d'un litige plus vaste, entre White Bear et deux autres bandes, la Bande d'Ocean Man (Ocean Man) et la Bande indienne des Nakotas de Pheasant Rump (Pheasant Rump) et la Couronne fédérale (la Couronne), qui est présentement en instance devant la Cour fédérale. Ce litige découle de la fusion, en 1901, de la bande d'Ocean Man et de la bande de Pheasant Rump au sein de la bande White Bear et de la défusion de ces bandes en 1986. Après la fusion, les terres de réserve d'Ocean Man et de Pheasant Rump ont été vendues et les produits des ventes ont été utilisés, en tout ou en partie, pour acheter des terres (les terres de la frontière Nord) au nom de la bande issue de la fusion. En 1941, les droits d'extraction de pétrole et de gaz relatifs aux terres de réserve de White Bear, y compris les terres de la frontière Nord, ont été cédés à la Couronne qui a alors géré l'exploitation de ces ressources au nom de la bande issue de la fusion.

Lors de la défusion, l'une des questions litigieuses était de savoir dans quelle mesure les bandes reconstituées, Ocean Man et Pheasant Rump, avaient droit à une part des recettes de la production de pétrole et de gaz générées par les terres de la frontière Nord dont l'achat avait été financé en partie par la vente des terres de réserve de ces bandes.

[4] La Cour fédérale est actuellement saisie de ces questions dans l'instance n° T-1672-99 (le litige McArthur), un litige qui en est à sa treizième année et qui est loin d'être réglé.

[5] Par souci de simplicité et afin d'éviter les répétitions, j'appellerai le « Fonds » les sommes provenant des baux relatifs au pétrole et au gaz des terres de la frontière Nord ainsi que les intérêts versés ou dus sur ces sommes. Avant les événements ayant mené au présent litige, le Fonds était détenu en fiducie dans le Trésor au nom de White Bear.

[6] En juillet 2009, le ministre (par l'entremise de ses fonctionnaires) a écrit à White Bear pour l'informer qu'une partie de l'argent du Fonds serait placée dans un compte d'attente en attendant l'issue du litige McArthur. La partie importante de la lettre du ministre est ainsi libellée :

[TRADUCTION]

[...] Dans [McArthur], les bandes d'Ocean Man et de Pheasant Rump revendiquent la propriété des terres de la frontière Nord et demandent à la Couronne et à White Bear, conjointement, une reddition de compte et la restitution des revenus provenant de ces terres.

Depuis mai 1989, les revenus provenant des baux des terres de la Frontière Nord ont été déposés dans les comptes de la Bande White Bear. Nous croyons comprendre que White Bear demande le versement, en conformité avec la LGPGFPN [*Loi sur la gestion du pétrole et du gaz et des fonds des Premières Nations*], des sommes détenues dans les comptes de la bande. Si ces sommes

réclamées par les autres bandes sont versées à White Bear en réponse à la demande susmentionnée, la responsabilité du Canada pourrait être retenue et une action serait certainement intentée contre White Bear. Compte tenu de la responsabilité du Canada envers chacune des bandes, il ne conviendrait pas de verser les sommes en litige à White Bear, car Ocean Man et Pheasant Rump n'auraient possiblement pas accès à celles-ci.

[...]

Le Canada a l'intention de déposer un montant approprié dans un compte d'attente jusqu'à ce qu'une décision soit rendue sur la question des droits sur les terres et les recettes [...]. Étant donné qu'il est possible que chaque bande ait certains droits, ce qui n'est pas certain, et compte tenu du facteur des intérêts, le Canada conservera dans le compte d'attente les deux tiers de la somme de 8 000 000 \$ [le montant total figurant dans les comptes de White Bear], à savoir une somme de 5 333 334 \$ représentant le capital et les intérêts, et conservera également deux tiers des versements à venir.

[7] La lettre se terminait par une invitation à discuter davantage, mais selon des modalités qui ne convenaient pas à White Bear. Comme promis, le ministre a déposé une somme de 5 333 334 \$ dans un compte d'attente. La demande de contrôle judiciaire de White Bear a été déposée peu après.

LA DÉCISION FAISANT L'OBJET DE L'APPEL

[8] Après avoir examiné les faits, le juge a déterminé la norme de contrôle appropriée. Il a conclu que la question de savoir si le ministre avait le pouvoir de prendre la décision faisant l'objet du présent contrôle était une question touchant véritablement à la compétence et, donc, contrôlable selon la norme de la décision correcte. Il a également conclu que la norme de contrôle applicable au bien-fondé de la décision de la Couronne était celle de la raisonnable. En ce qui concerne l'argument de White Bear selon lequel la Couronne était tenue de consulter, le juge a conclu que l'existence et la teneur de cette obligation constituent une question de droit, susceptible de contrôle selon la norme de la décision correcte.

[9] En ce qui concerne l'obligation de consultation, le juge a conclu que la décision de placer les fonds dans un compte d'attente en attendant l'issue du litige ne soulevait aucune question de droit ancestral ou de droit issu de traités. Par conséquent, il a conclu qu'il n'existait aucune obligation de consultation. De plus, compte tenu de l'omission de White Bear de procéder à des discussions avec la Couronne, le juge a conclu que même s'il existait une obligation de consultation, celle-ci a été satisfaite.

[10] En ce qui concerne la question du pouvoir de la Couronne de faire ce qu'elle a fait, le juge a d'abord souligné que la propriété du Fonds était en litige dans l'instance McArthur. Selon le juge, le placement des fonds dans un compte d'attente équivalait à consigner les fonds à la Cour, ce que toute partie à un litige a le droit de faire.

[11] Le juge a estimé que la Couronne avait des obligations concomitantes à titre de fiduciaire envers les trois bandes. De plus, la Couronne, dans le cadre de sa gestion de l'argent des Indiens, était également liée par les modalités de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 et de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. Le juge a conclu que la Couronne possédait les pouvoirs nécessaires pour s'acquitter de ses obligations à titre de fiduciaire. Selon lui, elle possédait notamment le pouvoir de placer les fonds dans un compte d'attente.

[12] Le juge s'est ensuite penché sur la question du caractère raisonnable de la décision du ministre. Il a exprimé l'avis que, compte tenu des revendications sur les fonds faites par les autres bandes, il était difficile de voir ce que le ministre aurait pu faire d'autre. La conservation

des deux tiers des sommes dans les comptes de White Bear « reposait sur la pondération des intérêts des trois bandes » : voir les motifs, au paragraphe 25. Selon le juge, la décision du ministre était « une tentative raisonnable d'assurer un traitement équitable des parties concernées » : voir les motifs, au paragraphe 27.

[13] Par conséquent, le juge a rejeté la demande de contrôle judiciaire.

La norme de contrôle

[14] Il s'agit d'un appel d'un contrôle judiciaire dans lequel le rôle de la Cour consiste à déterminer si la cour siégeant en contrôle judiciaire a déterminé la norme de contrôle applicable et l'a appliquée correctement. En pratique, cela signifie que le tribunal d'appel applique les règles usuelles applicables au contrôle en appel tel qu'énoncé dans l'arrêt *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235 : voir l'arrêt *Dr Q. c. College of Physicians and Surgeons of British Columbia*, 2003 CSC 19, [2003] 1 R.C.S. 226, au paragraphe 43.

[15] En principe, en appel, sont en jeu des questions de droit qui sont examinées selon la norme de la décision correcte, et des questions de fait ou des questions mixtes de fait et de droit, qui sont examinées selon la norme de la décision raisonnable. La seule réserve en ce qui concerne ces dernières est que, si l'on peut isoler une question de droit claire d'une question mixte de fait et de droit, cette question de droit est examinée selon la norme de la décision correcte.

[16] En l'espèce, l'étendue des pouvoirs qu'a le ministre à titre de fiduciaire est une question de droit contrôlable selon la norme de la décision correcte. Je qualifierais cette dernière de question de compétence dans la mesure où il s'agit d'une question à laquelle on doit répondre correctement : voir l'arrêt *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, [1998] A.C.S. n° 46, au paragraphe 28.

L'ANALYSE

[17] À titre préliminaire, il est utile de bien qualifier la décision du ministre. L'avis de demande décrit la décision faisant l'objet du présent contrôle comme étant la décision du ministre de retirer environ deux tiers du Fonds du compte de White Bear. Dans son mémoire des faits et du droit, White Bear affirme qu'elle a déposé sa demande de contrôle judiciaire [TRADUCTION] « dès qu'elle a su que son argent avait été retiré de son compte de capital en fiducie et dès qu'il est devenu évident que le ministre défendeur ne rendrait pas l'argent » : voir le mémoire des faits et du droit de White Bear, au paragraphe 15.

[18] Il me semble que le transfert d'argent d'un compte à un compte d'attente dans le Trésor, sans plus, n'est qu'une question de tenue de dossiers qui ne ferait normalement pas l'objet d'un contrôle judiciaire. Mais, lorsque le transfert constitue une étape dans un processus grâce auquel le ministre refuse à une bande indienne l'accès à des sommes d'argent qu'il détient en fiducie pour le compte de cette bande, la décision susceptible de contrôle est la décision de refuser à la bande l'accès à ses fonds. En l'espèce, cette décision s'est cristallisée le 20 novembre 2009 lorsque le ministre a refusé d'avancer des fonds à White Bear pour une distribution par personne parce que le montant figurant dans son compte était insuffisant : voir le dossier d'appel, à la

page 128. Il était insuffisant en raison du transfert des deux tiers de l'argent à un autre compte. C'est à ce moment que White Bear a su que le transfert avait pour effet de la priver de l'accès à ses fonds.

[19] Selon moi, l'objet de la présente demande de contrôle judiciaire est la décision du ministre de refuser à White Bear l'accès à la somme de 5 333 334 \$, une décision qui a été appliquée, en termes comptables, par le transfert de fonds du compte en fiducie de la bande au compte d'attente.

[20] Avant de me pencher sur la question de la légalité de la décision du ministre, je désire discuter brièvement de l'allégation de White Bear selon laquelle le ministre a l'obligation de consulter. Si nous présumons pour un instant que White Bear a raison et que nous annulions la décision du ministre et lui renvoyions l'affaire avec pour directive de consulter White Bear, le ministre pourrait néanmoins décider, de bonne foi, de retenir les fonds de White Bear.

L'obligation de consulter n'est pas une obligation de parvenir à une entente : *Nation haida c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, au paragraphe 42. Même s'il est possible que le processus de consultation puisse convaincre le ministre de changer de cap, les demandes conflictuelles faites au ministre me portent à croire que cette éventualité est peu probable. Dans un tel cas, il est inconcevable, au vu du présent dossier, que White Bear accepte que la décision du ministre fût légitime parce qu'elle a été prise à la suite d'un processus de consultation. White Bear reviendrait devant la Cour et lui demanderait de contraindre le ministre à lui donner accès aux fonds que le ministre retient. Il me semble qu'il serait préférable de trancher immédiatement, et non plus tard, cette question sur le fond.

[21] En ce qui concerne le fond de l'appel, il me semble que les faits appellent purement et simplement une conclusion favorable ou défavorable. Soit que le ministre était fiduciaire des trois bandes et entretenait une relation à titre de fiduciaire avec les trois bandes relativement au Fonds, soit que ce n'était pas le cas. Dans les deux cas, le ministre ne pouvait pas faire ce qu'il a fait. S'il avait une obligation de fiduciaire envers les trois bandes relativement au Fonds, alors il a manqué à son obligation de traitement égalitaire à l'égard des bénéficiaires. Si le ministre n'avait pas une obligation de fiduciaire envers Ocean Man et Pheasant Rump, alors il a manqué à son obligation d'agir dans le seul intérêt du bénéficiaire, White Bear, en retenant une partie du Fonds au profit du Canada et de celui des deux autres bandes.

[22] Si le ministre entretenait une relation de fiduciaire avec les trois bandes relativement au Fonds, alors l'obligation de traitement égalitaire à l'égard des bénéficiaires qu'impose la common law s'appliquait et le ministre ne pouvait pas favoriser les intérêts de certains bénéficiaires aux dépens de ceux des autres.

[23] Le principe général est énoncé comme suit à la page 966 de l'ouvrage de Donovan W.M. Waters intitulé *Waters Law of Trusts in Canada*, 3^e éd. (Toronto : Thomson Canada Limited, 2005) (*Waters*):

[TRADUCTION]

Les fiduciaires ont comme obligation première, dans tout ce qu'ils font relativement à la fiducie, d'agir de manière à ce que, s'il y a deux ou plusieurs bénéficiaires, chaque bénéficiaire reçoive exactement ce que, selon les modalités de la fiducie, il doit recevoir et ne reçoive aucun avantage que les autres bénéficiaires ne reçoivent pas et ne doive s'acquitter d'aucune obligation à laquelle les autres bénéficiaires ne sont pas tenus. Ainsi, les fiduciaires agissent de manière impartiale.

[24] Ce principe a été appliqué à la relation qui existe entre la Couronne fédérale et les bandes indiennes. Dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, 2002 CSC 79, [2002] 4 R.C.S.

245 [*Wewaykum*], la Cour suprême avait affaire à un différend entre deux bandes qui, chacune, prétendaient avoir droit à la terre de réserve de l'autre bande. La Cour a fait remarquer ce qui suit au paragraphe 97 de ses motifs :

À mesure que le différend a évolué et en est venu à porter sur les revendications opposées des bandes elles-mêmes, la Couronne a continué de s'acquitter d'obligations de droit public en s'efforçant de déterminer [TRADUCTION] « les endroits qu'[elles] souhait[ai]ent obtenir » (tel qu'il a été indiqué plus tôt, au par. 24), et il incombait à la Couronne, en tant que fiduciaire, d'agir avec équité envers les divers bénéficiaires de l'obligation.

[25] Dans le même ordre d'idées, dans l'arrêt *Bande et nation indiennes d'Ermineskin c. Canada*, 2009 CSC 9, [2009] 1 R.C.S. 222 [*Ermineskin*], dans le contexte d'une revendication faite par deux bandes indiennes relativement à la gestion de recettes pétrolières et gazières détenues en fiducie par la Couronne, la Cour suprême a déclaré ce qui suit au paragraphe 39 de sa décision :

La Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence qu'une personne normalement prudente apporte à l'administration de ses propres affaires, de sorte qu'elle devait notamment évaluer la situation du fonds et des bénéficiaires afin d'arrêter les bons placements, constituer au besoin un portefeuille diversifié, assurer le suivi des investissements, consulter des spécialistes et faire preuve d'équité envers les bénéficiaires successifs.

[26] Il est vrai que la teneur de l'obligation à laquelle est tenue la Couronne à titre de fiduciaire variera selon les circonstances. La Cour suprême a affirmé ce qui suit dans l'arrêt *Wewaykum*, au paragraphe 96 :

La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont inmanquablement opposés [renvoi omis].

[27] En l'espèce, la question en litige est l'intérêt que possèdent les bandes concernées dans le Fonds, lequel est constitué de sommes d'argent tirées de terres achetées à même les actifs combinés des trois bandes. En raison de cette combinaison, on peut prétendre que, si le ministre avait une obligation de fiduciaire envers une bande, il avait la même obligation envers les autres bandes. Dans le cadre de cette obligation de fiduciaire, le ministre, à titre de fiduciaire, était tenu d'agir avec impartialité à l'égard des trois bandes.

[28] En supposant qu'il existe une obligation de fiduciaire envers les trois bandes relativement au Fonds, le ministre a-t-il manqué à son obligation d'agir avec impartialité? Selon moi, il a manqué à son devoir d'agir avec impartialité parce qu'il a donné accès à White Bear à un tiers du Fonds tout en refusant l'accès aux deux autres bandes. En décidant de traiter différemment les bénéficiaires du Fonds, le ministre a manqué à son obligation d'impartialité.

[29] Si le ministre n'avait aucune obligation de fiduciaire envers Ocean Man et Pheasant Rump relativement au Fonds, alors il avait l'obligation d'éviter les conflits d'intérêts et d'agir en faisant abstraction de ses propres intérêts. Il s'agit là d'un principe fondamental du droit des fiduciaires :

[TRADUCTION]

[...] un des principes fondamentaux de chaque système juridique élaboré veut que celui qui accomplit une tâche pour le compte de quelqu'un d'autre doive agir uniquement au bénéfice de l'autre, en faisant totalement abstraction de ses propres intérêts.

Waters, précité, à la page 877

[30] Ce principe a également été appliqué aux affaires traitées entre la Couronne et les peuples autochtones. Dans l'arrêt *Ermineskin*, précité, la Cour suprême a affirmé ce qui suit au paragraphe 125 :

Un principe fondamental sous-tendant la relation fiduciaire veut que le fiduciaire doive agir [TRADUCTION] « uniquement au bénéfice de l'autre, en faisant totalement abstraction de ses propres intérêts » (Waters, Gillen et Smith, p. 877). Il s'agit de l'obligation de loyauté, qui exige du fiduciaire qu'il évite tout conflit d'intérêts. Le fiduciaire doit se soustraire à toute situation où son obligation d'agir au seul bénéfice de la fiducie et de ses bénéficiaires entre en conflit avec ses propres intérêts ou ses obligations envers un tiers (voir Waters, Gillen et Smith, p. 877, et l'arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, p. 646-647).

[31] En l'espèce, la lettre du ministre indique clairement que l'un des motifs qu'il a invoqués pour refuser à White Bear l'accès au plein montant du Fonds était la possibilité que des poursuites soient intentées contre la Couronne si le ministre permettait à White Bear de vider le compte :

[TRADUCTION]

[...] Si ces sommes qui sont réclamées par les autres bandes sont versées à White Bear malgré la revendication susmentionnée, le Canada pourrait être tenu responsable et une poursuite serait certainement intentée contre White Bear. Compte tenu de la responsabilité du Canada envers chacune des bandes, il ne conviendrait pas de verser les sommes en litige à White Bear, les rendant peut-être ainsi inaccessibles à Ocean Man et à Pheasant Rump.

[32] En ne remettant pas une partie du Fonds à White Bear, le ministre, essentiellement, se servait des fonds détenus en fiducie pour se protéger contre d'éventuelles poursuites de la part des autres bandes. De plus, puisque nous présumons pour les besoins de la cause que le ministre n'a aucune obligation de fiduciaire envers Ocean Man et Pheasant Rump, le ministre ne peut pas mettre de côté, pour le compte des deux autres bandes, des fonds détenus pour le compte de

White Bear. En agissant ainsi, le ministre a manqué à son obligation d'agir uniquement au bénéfice de White Bear relativement au Fonds.

[33] Ceci étant dit, le ministre a agi de bonne foi compte tenu des réclamations contradictoires à l'égard des mêmes fonds. L'équité n'exige pas que la Couronne, dans le but d'éviter des conflits d'intérêts, engage sa responsabilité envers les autres relativement au Fonds revendiqué par White Bear. La faiblesse que comporte le point de vue du ministre n'est pas qu'il a conservé des biens pendant un litige, mais qu'il a fait cela unilatéralement et sans droit. Le ministre aurait dû demander des directives à la Cour fédérale, où l'affaire McArthur est en instance. L'article 108 des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, prévoit précisément cette éventualité :

108. (1) Lorsque deux ou plusieurs personnes font valoir des réclamations contradictoires contre une autre personne à l'égard de biens qui sont en la possession de celle-ci, cette dernière peut, par voie de requête ex parte, demander des directives sur la façon de trancher ces réclamations, si :

a) d'une part, elle ne revendique aucun droit sur ces biens;

b) d'autre part, elle accepte de remettre les biens à la Cour ou d'en disposer selon les directives de celle-ci.

(2) Sur réception de la requête visée au paragraphe (1), la Cour donne des directives concernant :

a) l'avis à donner aux

108. (1) Where two or more persons make conflicting claims against another person in respect of property in the possession of that person and that person

(a) claims no interest in the property, and

(b) is willing to deposit the property with the Court or dispose of it as the Court directs,

that person may bring an ex parte motion for directions as to how the claims are to be decided.

(2) On a motion under subsection (1), the Court shall give directions regarding

réclamants éventuels et la publicité pertinente;

b) le délai de dépôt des réclamations;

c) la procédure à suivre pour décider des droits des réclamants.

(a) notice to be given to possible claimants and advertising for claimants;

(b) the time within which claimants shall be required to file their claims; and

(c) the procedure to be followed in determining the rights of the claimants.

[34] Il semble plutôt s'agir en l'espèce d'un cas où la consignation à la Cour n'est pas exigée, car la Couronne détient les fonds. Je présume que la Couronne accepte « d'en disposer [le Fonds] selon les directives de [la Cour] ». En vue d'assurer une audition complète de la question en litige, il me semble qu'une demande de directives devrait être présentée après avoir donné avis aux autres parties, et non pas par voie de requête *ex parte* comme le prévoit les Règles.

CONCLUSION

[35] Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir l'appel, d'infirmier le jugement de la Cour fédérale et d'annuler l'ordonnance du ministre portant qu'une somme de 5 333 000 \$ détenue dans le Fonds soit transférée dans un compte d'attente. Je suis toutefois d'avis de maintenir le statu quo en sursoyant à l'exécution de la présente ordonnance pour une période de 60 jours afin de permettre au ministre de présenter une demande à la Cour fédérale en conformité avec

l'article 108 des Règles. Je suis d'avis d'accorder à White Bear ses dépens devant la Cour et devant la Cour fédérale contre le ministre. Ocean Man et Pheasant Rump devraient assumer leurs propres dépens.

« J.D. Denis Pelletier »

j.c.a.

« Je suis d'accord
Eleanor R. Dawson j.c.a »

LE JUGE STRATAS (motifs concourants)

[36] Je souscris à la conclusion proposée par mon collègue, mais pour des motifs quelque peu différents.

[37] Mon collègue qualifie la décision comme étant une décision de refuser à White Bear l'accès à la somme de 5,3 millions de dollars. Je qualifie cette décision de décision concernant la façon de procéder dans un contexte de réclamations contradictoires. Comme nous le verrons, cette différence de qualification modifie l'analyse de la norme de contrôle et entraîne des répercussions différentes pour les instances futures.

[38] Je souscris au résumé des faits de mon collègue et je l'accepte. Dans les présents motifs, j'accepte également les définitions qu'il utilise.

A. Les effets de la décision par rapport à la décision proprement dite

[39] Dans une demande de contrôle judiciaire d'une décision administrative, la première étape consiste à déterminer, en détail, la décision proprement dite et non pas les effets de la décision.

[40] Cela ne veut pas dire que les effets de la décision ne sont pas pris en compte dans l'analyse. Ils peuvent être pris en compte : ils peuvent être pertinents relativement à l'évaluation du caractère correct ou raisonnable de la décision. Mais, c'est la décision proprement dite qui est examinée.

[41] Comme mon collègue le fait remarquer, un des effets de la décision du ministre a été de refuser à White Bear les deux tiers du Fonds, à savoir 5,3 millions de dollars, mais lui a donné accès à un tiers du Fonds, soit 2,7 millions de dollars. J'ajouterais que la décision du ministre a eu une incidence sur tous ceux qui pourraient faire valoir des réclamations à l'égard du Fonds et non pas seulement sur White Bear. Mais, il s'agit des effets de la décision et non pas de la décision que le ministre a prise.

[42] Après avoir qualifié la décision comme étant une décision de refuser à White Bear l'accès à la somme de 5,3 millions de dollars détenue dans le Fonds, mon collègue conclut (au paragraphe 28 ci-dessus) que le ministre a manqué à son obligation d'agir avec impartialité en donnant à White Bear l'accès à un tiers du Fonds et en refusant aux deux autres bandes tout accès au Fonds.

[43] Je suis d'accord pour affirmer que le Canada, à titre de fiduciaire, est soumis à une obligation d'impartialité. Mais, dans les présentes circonstances, cette obligation se limite au respect des modalités de la fiducie : voir, au paragraphe 23 ci-dessus, le passage tiré de l'ouvrage *Waters Law of Trusts in Canada*. En l'espèce, les modalités de la fiducie – à savoir qui a droit à quelles parties du Fonds – sont contestées. Pour le moment, nous ne pouvons pas dire si les effets de la décision du ministre sont compatibles avec les exigences d'ordre juridique. Peut-être que White Bear a droit d'accéder à un tiers du Fonds. Là encore, peut-être que non. Le litige McArthur dissipera cette incertitude.

B. La décision du ministre

[44] Donc, quel genre de décision le ministre a-t-il prise? Pour trancher cette question, il faut se rappeler les circonstances qui ont amené le ministre à prendre la décision qu'il a prise. Le ministre a réalisé que White Bear pouvait lui demander qu'il lui verse certains montants détenus dans le Fonds. Il a réalisé que s'il versait ces montants à White Bear, le Canada pourrait engager sa responsabilité envers les deux autres bandes. Compte tenu de ces réclamations conflictuelles, le ministre devait décider quoi faire.

[45] Plus particulièrement, le ministre disposait de trois solutions :

- demander à la Cour des directives relativement à la totalité ou à une partie des sommes détenues dans le Fonds, par exemple en invoquant l'article 108 des *Règles des Cours fédérales*;
- laisser les sommes dans le Fonds;
- décider unilatéralement de placer dans un compte d'attente la totalité ou une partie des sommes détenues dans le Fonds.

[46] Le ministre a choisi la dernière solution, à savoir placer deux tiers des sommes détenues dans le Fonds, soit 5,3 millions de dollars, dans un compte d'attente. La décision du ministre consiste donc dans le choix qu'il a fait d'une solution parmi les solutions qui s'offraient à lui.

C. La nature de la décision du ministre et la norme de contrôle

[47] La décision du ministre, telle que je l'ai qualifiée, ne comportait aucune conclusion juridique importante. En fait, le ministre, conscient de l'existence de réclamations conflictuelles et de questions d'ordre juridique floues, a expressément évité de tirer quelque conclusion de droit que ce soit. La décision qui devait être prise en l'espèce – choisir entre trois solutions – comportait une évaluation des avantages et des désavantages de chacune des solutions et une évaluation globale. Bien qu'une compréhension élémentaire du droit et des questions en litige dans le litige McArthur puisse être nécessaire pour évaluer les conséquences découlant de chaque solution, la décision comportait également certains aspects factuels et discrétionnaires susceptibles d'avoir une incidence sur les considérations de principe. Par conséquent, il est possible de prétendre que la décision du ministre devrait être contrôlée selon la norme déférente de la raisonabilité plutôt que selon la norme de la décision correcte.

[48] Toutefois, je n'ai pas à décider si la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte ou celle de la décision raisonnable, car la décision du ministre ne peut pas résister au contrôle effectué selon l'une ou l'autre de ces normes.

D. Le contrôle de la décision du ministre

[49] Si la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable, pour les motifs exposés ci-dessous, le ministre a omis de choisir la seule solution défendable et acceptable dans les circonstances au regard des faits et du droit : demander des directives à la Cour fédérale en

conformité avec l'article 108 des Règles relativement aux sommes en litige. Si la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte, le ministre a eu tort de ne pas demander des directives à la Cour fédérale relativement aux sommes en litige.

[50] Dans ces circonstances, les avantages de la procédure engagée en vertu de l'article 108 des Règles sont énormes. Dans le cadre de la procédure prévue à l'article 108 des Règles :

- le ministre ne se prononce pas et n'engage pas sa responsabilité ni celle du trésor public quant aux coûts du litige portant sur la question de savoir qui a droit aux sommes en litige, quant aux besoins de White Bear en attendant que soit tranché le litige et quant à savoir ce qui devrait être fait avec les sommes en litige en attendant que soit tranché le litige;
- le ministre n'adopte aucune position qui le place dans un conflit d'obligation envers les bandes, que cette obligation soit une obligation à titre de fiduciaire en common law, une obligation de fiduciaire, une obligation envers les peuples autochtones ou une ou l'ensemble de ces obligations;
- le ministre ne se place pas dans une position où, comme il ressortait clairement de l'argument qui nous a été soumis, son pouvoir issu de la loi ou son pouvoir issu de la common law est contesté; par contre, en l'espèce, le pouvoir conféré au ministre par l'article 108 des Règles de demander des directives est incontestable;
- toutes les personnes touchées ont l'occasion de produire des éléments de preuve, de procéder à des contre-interrogatoires et de formuler des observations – cela est équitable sur le plan de la procédure et maximise les chances qu'une décision

appropriée et pleinement éclairée soit prise;

- le juge qui entend la demande de directives – peut-être un juge qui a participé au litige McArthur et qui le connaît bien – peut établir des procédures rapides et efficaces adaptées aux circonstances particulières de l'espèce (voir le paragraphe 108(2) des Règles); ces procédures peuvent comprendre, notamment, la gestion de l'instance, une conférence de règlement du litige concernant ce qui devrait être fait en attendant que soient tranchés le litige McArthur et la médiation (voir les articles 385 à 387 des Règles).

[51] En choisissant la solution qui consiste à placer dans un compte d'attente certaines des sommes détenues dans le Fonds, le ministre s'est exposé inutilement à ce que sa responsabilité et celle du trésor public soient engagées. De plus, exception faite des simples affirmations figurant dans la lettre du ministre, le dossier de la preuve ne contient rien justifiant que les deux tiers des sommes détenues dans le Fonds étaient le montant qu'il convenait de placer dans un compte d'attente. Enfin, le dossier ne contient rien qui donne à penser que la solution choisie par le ministre était plus avantageuse que la solution consistant à demander des directives.

[52] Dans un autre cas, il peut exister une situation d'urgence ou d'autres considérations de droit, de fait, ou de droit et de fait qui rendraient inappropriée la solution qui consiste à demander des directives et d'autres solutions plus souhaitables. Dans un autre cas, il peut y avoir des considérations de principe ou d'autres questions ancrées dans la compétence et l'expérience du ministre qui peuvent raisonnablement mener au choix d'une autre solution. Cependant, de telles considérations n'entrent pas en jeu dans le dossier en l'espèce. Au vu du dossier, la seule

solution acceptable et défendable qui s'offrait au ministre était de demander des directives quant aux sommes qui faisaient l'objet de réclamations conflictuelles.

E. Une question supplémentaire

[53] Avant de conclure, je veux signaler une question importante qui devrait être pleinement examinée et débattue si jamais un cas comme celui en l'espèce se présente de nouveau.

[54] En l'espèce, toutes les parties ont présenté leur argumentation en presumant que dans les présentes circonstances un contrôle judiciaire peut être demandé. Mais, est-ce le cas? Plus précisément, s'agit-il d'une affaire de droit public donnant ouverture à un contrôle judiciaire? S'agit-il d'une affaire de droit privé ne donnant pas ouverture à un contrôle judiciaire? Plusieurs facteurs doivent être pris en compte : *Air Canada c. Administration portuaire de Toronto*, 2011 CAF 347, au paragraphe 60. Je n'en mentionnerai que quelques-uns.

[55] Certains facteurs donnent à penser que la présente affaire est de nature privée. La fiducie ressemble à une fiducie privée qui doit être administrée selon les principes de droit privé. Rien n'indique qu'une loi exigeait qu'une fiducie soit constituée ou que le ministre agisse comme fiduciaire. La question dont le ministre est saisi en l'espèce ne saurait être distinguée d'une question que rencontrent les fiduciaires privés et, selon l'opinion de mon collègue sur la question, le ministre a contrevenu aux droits issus du droit privé.

[56] D'autres facteurs donnent à penser que la présente affaire est de nature publique. Comme je l'ai déjà mentionné, la décision du ministre est susceptible d'avoir des conséquences importantes pour le trésor public. De plus, le redressement demandé par voie de contrôle judiciaire – le redressement de droit public du *certiorari* – semble être le redressement qui convient pour régler le problème dont nous sommes saisis.

[57] Compte tenu de l'incertitude découlant de cette combinaison de facteurs, de la possibilité qu'il existe d'autres facteurs pertinents et qu'aucun argument nous été soumis sur cette question, je suis disposé à accepter pour les besoins de l'espèce que la présente affaire est de nature publique et qu'il existe un recours en contrôle judiciaire. Toutefois, dans une prochaine affaire, à la lumière d'une argumentation exhaustive et d'un dossier factuel différent, je pourrais tirer une conclusion différente sur cette question.

F. Dispositif proposé

[58] Par conséquent, pour les motifs que je viens d'exposer, je conclus que la décision du ministre devrait être annulée. Il s'ensuit que je souscris au dispositif proposé par mon collègue. Dans les circonstances, je souscris également aux affirmations qu'il a faites, au paragraphe 34 ci-dessus, à propos de la façon dont le ministre devrait procéder relativement à la demande de directives. J'ajouterais que le ministre devrait examiner sérieusement la question de savoir à l'égard de quelles sommes il devrait demander des directives. L'omission de la part du ministre de demander des directives quant aux sommes à l'égard desquelles il peut y avoir des

réclamations conflictuelles pourrait engager la responsabilité civile du ministre envers une ou plusieurs bandes.

« David Stratas »

j.c.a.

Traduction certifiée conforme
Mario Lagacé, jurilinguiste

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER :

A-171-11

INTITULÉ :

LE CHEF ET LE CONSEIL
DES PREMIÈRES NATIONS
WHITE BEAR, en leur propre
nom et en celui de tous les
membres des PREMIÈRES
NATIONS WHITE BEAR et LE
MINISTRE DES AFFAIRES
INDIENNES ET DU NORD
CANADIEN, au nom de
Sa Majesté la Reine du chef du
Canada et LE CHEF ET LES
CONSEILLERS DE LA
BANDE D'OCEAN MAN, en
leur propre nom et en celui des
membres de la BANDE
INDIENNE D'OCEAN MAN

LIEU DE L'AUDIENCE :

Saskatoon (Saskatchewan)

DATE DE L'AUDIENCE :

Le 12 mars 2012

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE PELLETIER

Y A SOUSCRIT :

LA JUGE DAWSON

MOTIFS CONCOURANTS :

LE JUGE STRATAS

**DATE DES MOTIFS
ET DU JUGEMENT :**

Le 27 août 2012

COMPARUTIONS :

Jeffrey M. Howe

POUR LES APPELANTS

Karen M. Jones
Gwen MacIsaac

POUR L'INTIMÉ
(LE MINISTRE DES AFFAIRES
INDIENNES ET DU NORD
CANADIEN au nom de Sa Majesté

Brian A. Barrington-Foote

la Reine du chef du Canada)
POUR LES INTIMÉS
(LE CHEF ET LES CONSEILLERS
DE LA BANDE D'OCEAN MAN,
en leur propre nom et en celui des
membres de la BANDE INDIENNE
D'OCEAN MAN)

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Woloshyn & Company
Saskatoon (Saskatchewan)

FOR LES APPELANTS

Myles J. Kirvan
Sous-procureur général du Canada

POUR L'INTIMÉ
(LE MINISTRE DES AFFAIRES
INDIENNES ET DU NORD
CANADIEN, au nom de Sa Majesté
la Reine du chef du Canada)

MacPherson Leslie & Tyerman
Regina (Saskatchewan)

POUR LES INTIMÉS
(LE CHEF ET LES CONSEILLERS
DE LA BANDE D'OCEAN MAN,
en leur propre nom et en celui des
membres de la BANDE INDIENNE
D'OCEAN MAN)