

Cour d'appel
fédérale



Federal Court
of Appeal

Date : 20110503

Dossier : A-446-09

Référence : 2011 CAF 148

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON
LE JUGE SEXTON**

ENTRE :

**SA MAJESTÉ LA REINE, représentée par le procureur général du Canada,
l'honorable Chuck Strahl
en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien,
l'honorable Vic Toews en sa qualité de président du Conseil du Trésor,
l'honorable Peter MacKay en sa qualité de ministre de la Défense nationale,
l'honorable Lawrence Cannon en sa qualité de ministre responsable de la
Société immobilière du Canada**

appelants

et

**PREMIÈRE NATION DE BROKENHEAD, PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN,
PREMIÈRE NATION DE PEGUIS, PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE
ROSEAU RIVER, PREMIÈRE NATION DE SAGKEENG, PREMIÈRE NATION
OJIBWAY DE SANDY BAY, PREMIÈRE NATION DE SWAN LAKE,
collectivement les signataires du Traité n° 1 et connues sous le nom de
« Premières nations signataires du Traité n° 1 »**

intimées

Audience tenue à Winnipeg (Manitoba), le 22 février 2011

Jugement rendu à Ottawa (Ontario), le 3 mai 2011

MOTIFS DU JUGEMENT :

LE JUGE NADON

Y ONT SOUSCRIT :

**LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE SEXTON**

Cour d'appel
fédérale



Federal Court
of Appeal

Date : 20110503

Dossier : A-446-09

Référence : 2011 CAF 148

**CORAM : LE JUGE LÉTOURNEAU
LE JUGE NADON
LE JUGE SEXTON**

ENTRE :

**SA MAJESTÉ LA REINE, représentée par le procureur général du Canada,
l'honorable Chuck Strahl
en sa qualité de ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien,
l'honorable Vic Toews en sa qualité de président du Conseil du Trésor,
l'honorable Peter MacKay en sa qualité de ministre de la Défense nationale,
l'honorable Lawrence Cannon en sa qualité de ministre responsable de la
Société immobilière du Canada**

appelants

et

**PREMIÈRE NATION DE BROKENHEAD, PREMIÈRE NATION DE LONG PLAIN,
PREMIÈRE NATION DE PEGUIS, PREMIÈRE NATION ANISHINABE DE
ROSEAU RIVER, PREMIÈRE NATION DE SAGKEENG, PREMIÈRE NATION
OJIBWAY DE SANDY BAY, PREMIÈRE NATION DE SWAN LAKE,
collectivement les signataires du Traité n° 1 et connues sous le nom de
« Premières nations signataires du Traité n° 1 »**

intimées

MOTIFS DU JUGEMENT

LE JUGE NADON

[1] Il s'agit de l'appel d'une décision (les motifs) datée du 30 septembre 2009, 2009 CF 982, [2009] 4 C.N.L.R. 30, par laquelle le juge Campbell (le juge) a conclu que le gouvernement du Canada (le Canada) ne s'était pas acquitté de son obligation de consulter les intimées avant de prendre sa décision de transférer le casernement Kapyong (le casernement), situé dans la ville de Winnipeg, au Manitoba, à la Société immobilière du Canada limitée (SIC), une société d'État

non mandataire, conformément à la Politique du Conseil du Trésor sur l'aliénation des biens immobiliers excédentaires (la Politique), modifiée par la Directive sur la vente ou le transfert des biens immobiliers excédentaires (la Directive).

[2] En l'espèce, la principale question est celle de savoir si le Canada avait l'obligation de consulter les intimées avant de prendre sa décision de transférer le casernement à la SIC et, le cas échéant, si le Canada s'est acquitté de cette obligation.

Les faits

Contexte

[3] En 1871, les bandes autochtones du Manitoba et le Canada ont signé le Traité n° 1. Les bandes autochtones devaient renoncer à leur titre sur les terres qui constituent maintenant la province du Manitoba et, en échange, le Canada devait réserver certaines terres à l'usage exclusif de ces bandes, soit 160 acres par famille de cinq personnes, disposition appelée aujourd'hui la « disposition d'attribution par habitant ». Pour des raisons qui ne sont pas pertinentes en l'espèce, le Canada n'a pas respecté sa part de l'entente.

[4] Le Canada a conclu à la validité des revendications territoriales de cinq des intimées. Par conséquent, dans les années 1990, en vue de rectifier son manquement à la disposition d'attribution par habitant, le Canada a signé des ententes sur les droits fonciers issus des traités (DFIT) avec les intimées : en 1994, avec la Première nation de Long Plain (Long Plain), en 1995, avec la Première nation de Swan Lake (Swan Lake) et en 1996, avec la Première nation

anishinabe de Roseau River (Roseau River). En 1997, la Nation ojibway de Brokenhead (Brokenhead) a négocié sa revendication par l'entremise du Treaty Land Entitlement Committee of Manitoba Inc. (TLEC). Cette année-là, le TLEC a signé l'Accord-cadre sur les droits fonciers issus de traités au Manitoba (l'Accord-cadre) avec le Canada, à la suite de quoi Brokenhead a signé une entente individuelle sur les DFIT en 1998. En 2008, la Première nation de Peguis (Peguis) a signé son entente avec le Canada.

[5] En vertu de ces ententes, chacune des bandes susmentionnées peut acquérir en priorité des terres privées et des terres de la « Couronne provinciale » – définies comme des terres appartenant au Manitoba ou administrées et contrôlées par le Manitoba, et situées dans la province du Manitoba – pour exercer ses droits fonciers issus des traités. La priorité accordée équivaut essentiellement à un droit de premier refus s'appliquant à la catégorie de terres à laquelle les droits ont trait. La nature et la portée de cette priorité sont décrites dans les ententes que les intimées ont conclues avec le Canada. Toutefois, la priorité ne confère pas à l'une ou l'autre des intimées le droit d'acquérir les terres, parce que toutes les ententes précisent que les terres devront être transférées selon le principe de la vente de gré à gré.

[6] Le type d'arrangement conclu avec chacune des intimées varie. Aux termes des ententes conclues par Long Plain, Swan Lake et Roseau River, le Canada doit verser une certaine somme pour permettre à ces Premières nations d'acheter des terres et de régler ainsi leurs revendications. Ces ententes ne prévoient pas l'acquisition de terres fédérales excédentaires et ne font pas mention, sauf dans le cas de Roseau River, des terres administrées et contrôlées par le Canada.

Quant à l'entente conclue par Roseau River, la disposition 4.12 précise que la Première nation peut acheter des terres administrées et contrôlées par le Canada à leur juste valeur marchande.

[7] Aux termes de leurs ententes, les intimées Brokenhead et Peguis peuvent sélectionner une superficie donnée de terres de la Couronne provinciale et d'autres terres non occupées, y compris des terres fédérales excédentaires, et le Canada fournira une certaine somme que les Premières nations utiliseront pour acquérir ces terres. Les ententes signées par Brokenhead et Peguis stipulent en outre que le Canada doit aviser ces intimées si la Couronne fédérale entend aliéner certaines « terres fédérales excédentaires » – définies au paragraphe 1.01(88) de l'Accord-cadre pour Brokenhead et au paragraphe 1.01(82) pour Peguis. Les deux dispositions sont identiques et rédigées comme suit :

[TRADUCTION] « **terres fédérales excédentaires** » s'entend de tout « bien réel fédéral » au sens de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, à l'exclusion des « biens réels » fédéraux au sens de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux* appartenant à une « société d'État » au sens de l'article 83 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, c'est-à-dire :

- a) dans les limites de la province du Manitoba;
- b) reconnues par un « ministre », au sens de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, qui a la « gestion », au sens de la *Loi sur les immeubles fédéraux et les biens réels fédéraux*, de ce « bien réel » fédéral, comme n'étant plus nécessaires aux fins du programme du ministère de ce « ministre »;
- c) reconnues par ce « ministre » comme étant disponibles pour la vente;
- d) offertes par ce « ministre » à tout « autre ministre » du Canada pour un transfert de l'administration conformément aux politiques ou directives du Conseil du Trésor du Canada alors en vigueur.

[8] Ces deux ententes définissent le processus par lequel les intimées peuvent acquérir des terres fédérales excédentaires. Toutefois, répétons-le, les ententes ne confèrent pas aux intimées

le droit d'acquérir les terres, mais permettent aux intimées d'acquérir ces terres selon le principe de la vente de gré à gré. Par exemple, le paragraphe 3.05(2) de l'Accord-cadre prévoit qu'une Première nation peut acheter d'« autres terres », y compris des terres fédérales excédentaires, [TRADUCTION] « selon le principe de la vente de gré à gré ».

[9] Les deux dernières intimées n'ont pas conclu d'entente. La revendication de la Première nation de Sagkeeng (Sagkeeng) n'est toujours pas réglée, le Canada attendant la présentation d'autres observations et éléments de preuve la concernant. Quant à l'intimée Première nation ojibway de Sandy Bay (Sandy Bay), le Canada et la Commission des revendications des Indiens ont rejeté sa revendication au motif que les droits fonciers issus des traités de Sandy Bay étaient déjà respectés.

Le casernement

[10] Le casernement comprend deux unités. L'une d'elles est un terrain de 159,62 acres comprenant la section opérationnelle d'une base des forces armées, situé au centre-ville de Winnipeg. L'autre unité est un terrain de 61,78 acres comprenant les logements familiaux de la base. Le Canada déclare que seule la section opérationnelle de la base a fait l'objet d'une décision.

[11] Le 12 avril 2001, le ministère de la Défense nationale (MDN) a annoncé la fermeture du casernement par voie de communiqué. Quelque temps après cette annonce, le MDN a avisé le

ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (MAINC) que le casernement serait déclaré excédentaire.

[12] Peu après l'annonce de la fermeture, Brokenhead et Long Plain ont exprimé leur intérêt à l'égard du casernement.

[13] La Politique du Conseil du Trésor sur l'aliénation des biens immobiliers excédentaires a pris effet le 1^{er} juillet 2001. Conformément à la Politique, le processus d'aliénation des biens immobiliers fédéraux excédentaires est divisé en deux grandes catégories : le processus courant et le processus stratégique. Tous les biens sont visés par le processus courant, sauf s'ils ont une valeur marchande particulièrement élevée ou s'ils sont « délicats sur le plan politique » – auquel cas ils sont visés par le processus stratégique. Les intimées n'ont pas demandé le contrôle judiciaire de la Politique.

[14] En novembre 2001, le Conseil du Trésor a décidé que le casernement serait assujéti au processus d'aliénation « stratégique ». En conséquence de cette décision et conformément à la Politique, le casernement n'était plus offert en priorité aux intimées qui pouvaient acheter ces terres. Par suite du processus d'aliénation stratégique, le bien devait être évalué et transféré à la SIC, une société d'État non mandataire qui agit comme agent d'aliénation des biens du gouvernement fédéral. Les intimées n'ont pas contesté cette décision-là non plus.

[15] En août 2002, Long Plain a fait savoir au Canada qu'elle était toujours intéressée à acquérir le casernement. En septembre 2002, le Canada a informé Long Plain que le casernement serait assujéti à un processus d'aliénation stratégique.

[16] Le 4 décembre 2002, le MAINC a envoyé une lettre à chacune des intimées pour les aviser que le casernement serait assujéti à un processus d'aliénation stratégique et que, par conséquent, leur intérêt à l'égard dudit bien n'aurait pas priorité.

[17] En réponse à la lettre du MAINC, Brokenhead et Long Plain ont fait savoir au Canada qu'elles demeuraient intéressées à acquérir le casernement.

[18] En janvier 2003, Brokenhead a engagé le processus de règlement des différends prévu par l'Accord-cadre, soutenant que le casernement n'aurait pas dû être soustrait du champ d'application de l'entente qu'elle avait conclue avec le Canada.

[19] En mars 2003, le MAINC a demandé à Long Plain et à Brokenhead – les deux intimées ayant exprimé leur intérêt à l'égard du casernement – des renseignements particuliers sur le nombre d'acres que chacune d'elle souhaitait acquérir, le prix d'achat proposé pour ces terres et l'utilisation proposée des terres qui seraient acquises.

[20] Brokenhead et Long Plain ont par la suite continué d'exprimer leur intérêt à l'égard du casernement et rencontré les représentants du MAINC plusieurs fois. Après février 2004, le

Canada n'a reçu aucune autre communication concernant le casernement de la part des intimées jusqu'en septembre 2007.

[21] Le 1^{er} novembre 2006, le Conseil du Trésor a publié la Directive modifiant la Politique, suivant laquelle le Canada devait considérer les effets que l'aliénation d'un bien stratégique pourrait avoir sur les droits ou les revendications territoriales des Autochtones.

[22] Le 5 septembre 2007, les intimées ont écrit au MAINC pour dire qu'elles revendiquaient le casernement dans le cadre de leurs droits fonciers issus des traités non respectés. Plus précisément, la revendication des intimées était fondée sur une revendication de titre ancestral non seulement à l'égard du casernement, mais aussi de toute la ville de Winnipeg. Cependant, au moment de l'audience devant le juge, les intimées ont simplement soutenu qu'elles avaient le droit d'être consultées par le Canada à propos des terres réservées promises conformément à la disposition d'attribution par habitant du Traité n° 1.

[23] En novembre 2007, le Conseil du Trésor a approuvé le transfert du casernement à la SIC pour qu'il soit développé et aliéné en dehors du champ d'application des ententes.

[24] Le 25 janvier 2008, les intimées ont introduit une demande de contrôle judiciaire de la décision de transférer le casernement à la SIC prise par le Conseil du Trésor en novembre 2007, en vue d'obtenir un jugement déclaratoire portant que le Canada avait l'obligation juridique de les consulter et de les accommoder avant d'aliéner le casernement.

La décision de la Cour fédérale

[25] Le juge a accueilli la demande de contrôle judiciaire présentée par les intimées. Premièrement, il a rejeté l'argument du Canada selon lequel les dispositions de libération des ententes conclues avec les intimées le dégageaient de toute obligation découlant du Traité n° 1 envers les intimées. De l'avis du juge, l'obligation de consulter les intimées découle du paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, par conséquent, « ne peu[t] faire l'objet d'une renonciation ». Aux paragraphes 23 et 24 de ses motifs, le juge s'est exprimé ainsi :

[23] À mon avis, la libération n'a aucune incidence sur les obligations continues du Canada dans la mise en œuvre du droit foncier des Premières nations, et, surtout, sur l'obligation qu'a le Canada de s'acquitter de son obligation de consultation. Cette obligation qui découle du principe de l'honneur de la Couronne, ainsi que l'obligation constitutionnelle et légale qu'a le Canada envers les Premières nations en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, ne peuvent faire l'objet d'une renonciation.

[24] Par conséquent, dans ses rapports avec les Premières nations demanderesse, et en particulier avec les Premières nations de Brokenhead et de Peguis, j'arrive à la conclusion que le Canada avait une obligation de consultation.

[Non souligné dans l'original]

[26] Deuxièmement, le juge a refusé en fait d'examiner l'argument subsidiaire du Canada, qui soutenait que si l'obligation de consulter existait, il s'en était acquitté. Le juge a déclaré, au paragraphe 27 de ses motifs, que l'argument subsidiaire du Canada était un argument « qu'[il ne pouvait] prendre au sérieux », ajoutant que, « [e]n droit, il est difficile de prétendre qu'une mesure très importante [l'obligation de consulter les intimées] n'est pas nécessaire et d'agir en conséquence; puis de soutenir que si la mesure est requise, elle a été prise ». Ce raisonnement a

amené le juge à conclure, au paragraphe 28 de ses motifs, que même si le Canada avait engagé un « certain dialogue » avec les intimées à propos de l'aliénation du casernement, il n'avait pas l'intention de tenir une consultation véritable. Par conséquent, le juge était d'avis qu'il n'existait aucun fondement pour soutenir l'argument subsidiaire du Canada et l'a donc rejeté.

[27] Troisièmement, le juge a examiné la décision de transférer le casernement à la SIC prise par le Canada. Il a déterminé que cette décision entraînait l'obligation de consulter Brokenhead et Peguis, Il s'exprime ainsi, aux paragraphes 36 et 37 de ses motifs :

[36] En l'espèce, le casernement Kapyong sera hors d'atteinte pour les Premières nations de Brokenhead et de Peguis à titre de terres excédentaires s'il est transféré à la Société immobilière du Canada. Par conséquent, il faut revenir à l'étape du processus décisionnel qui a précédé le moment où la décision de transférer le casernement Kapyong à la Société immobilière du Canada a été prise. C'est à cette étape du processus décisionnel que la consultation véritable doit avoir lieu.

[37] Il n'y a aucun doute que le Canada a compris que s'il exécutait la Directive du Conseil du Trésor, cela aurait des répercussions profondes et défavorables sur la capacité des Premières nations de Brokenhead et de Peguis d'acquérir des terres fédérales et, en particulier, des terres fédérales pouvant être utilisées pour réaliser leur intérêt et ambition légitimes de créer une réserve urbaine. Ainsi, je suis d'avis que l'intention du Canada de transférer le casernement Kapyong à la Société immobilière du Canada a donné lieu à l'obligation de consulter les Premières nations de Brokenhead et de Peguis avant que cette intention soit précisée dans la décision. Selon moi, comme la décision du Canada d'exécuter la Directive du Conseil du Trésor a été prise sans consultation légitime, elle est illégale et elle ne permet pas de préserver l'honneur de la Couronne.

[28] Quatrièmement, ayant déterminé que le Canada avait manqué à son obligation de consulter, le juge a prescrit une mesure de réparation. Il a plus particulièrement fait la déclaration suivante :

[...] je déclare que :

le Canada avait l'obligation légale de consulter à propos de sa décision d'aliéner les terres fédérales excédentaires au casernement Kapyong et il ne s'est pas acquitté de cette obligation; et, en particulier,

le Canada a agi de façon contraire à la loi en omettant de s'acquitter de l'obligation légale de consulter les Premières nations de Brokenhead et de Peguis avant de prendre sa décision en novembre 2007 de transférer les terres excédentaires du casernement Kapyong à la Société immobilière du Canada conformément à la Directive sur la vente ou le transfert des biens immobiliers excédentaires du Conseil du Trésor; et, par conséquent,

la décision de novembre 2007 est invalide.

J'adjuge les dépens de la présente demande aux Premières nations demanderesse.

Les questions en litige

[29] Le présent appel soulève les questions suivantes :

1. Y avait-il obligation de consultation? Le cas échéant, quelles intimées étaient visées par cette obligation?
2. S'il y avait obligation de consultation, quelle était la teneur de cette obligation?
3. Le Canada s'est-il acquitté de cette obligation, étant donné sa teneur?
4. Brokenhead était-elle tenue d'avoir recours au processus de règlement des différends prévu dans son entente?

5. Si le Canada ne s'est pas acquitté de son obligation, quelle est la mesure de réparation qui convient?

Analyse

[30] Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, la question au cœur du présent appel est celle de savoir si le Canada avait l'obligation de consulter les intimées et, le cas échéant, s'il a manqué à son obligation quand il a décidé de transférer le casernement à la SIC. Étant donné qu'à mon avis, les motifs invoqués par le juge pour conclure comme il l'a fait sont insuffisants, en ce qu'ils ne permettent pas un examen valable en appel, j'accueillerais l'appel et renverrais l'affaire à un juge de la Cour fédérale, autre que le juge Campbell, pour qu'il tranche à nouveau les questions en litige.

[31] En tirant cette conclusion, je n'oublie pas que « [s]eule une raison sérieuse peut justifier une réparation aussi sérieuse qu'un nouveau procès », *R. c. Sheppard*, 2002 CSC 26, [2002] 1 R.C.S. 869, au paragraphe 22 [*Sheppard*], et que les motifs du juge font 23 pages. Toutefois, comme la Cour d'appel l'a statué, « [l]e caractère suffisant des motifs ne se mesure pas par la quantité » : *Ralph c. Canada (Procureur général)*, 2010 CAF 256, 410 N.R. 175, au paragraphe 18.

[32] Récemment, dans l'arrêt *R. c. R.E.M.*, 2008 CSC 51, [2008] 3 R.C.S. 3 [*R.E.M.*], la Cour suprême du Canada s'est penchée sur la question de la suffisance des motifs et déclaré, au paragraphe 55, que les motifs devaient être examinés dans leur contexte global, avec la preuve

versée au dossier et les observations des avocats. La Cour suprême a aussi déclaré que les motifs sont particulièrement importants dans des circonstances – comme celles de l’espèce – où la cour se trouve en présence d’une question de droit épineuse et d’éléments de preuve contradictoires : *ibid.* En définitive, les motifs doivent être intelligibles, « en faisant ressortir un lien logique entre, d’une part, la preuve et le droit et, d’autre part, le verdict » : aux paragraphes 35 et 41.

[33] L’objectif de ce critère minimal est de permettre un examen valable en appel. Au paragraphe 11 de l’arrêt *R.E.M.*, exprimant la décision unanime de la Cour suprême, la juge en chef explique pourquoi des motifs suffisants sont nécessaires pour permettre un examen efficace en appel :

[11] [...]

3. [...] Un énoncé clair des conclusions de fait facilite la correction des erreurs et permet aux tribunaux d’appel de discerner les inférences tirées, tout en les empêchant de tirer des conclusions de fait [TRADUCTION] « fondées sur une terne transcription de la preuve, avec le risque accru d’erreurs de fait que cela comporte » : M. Taggart, « Should Canadian Judges be legally required to give reasoned decisions in civil cases » (1983), 33 U.T.L.J. 1, p. 7. De même, la révision en appel d’une erreur de droit sera grandement facilitée si le juge du procès a exposé son interprétation des principes de droit sur lesquels repose l’issue de la cause. En outre, les parties et leurs avocats se fondent sur les motifs pour décider s’il y a lieu d’interjeter appel et, dans l’affirmative, quels moyens invoquer.

[34] Je suis d’avis que la Cour d’appel ne peut, en l’espèce, s’acquitter de son rôle. Je suis donc convaincu que l’affaire devrait être renvoyée à un autre juge de la Cour fédérale.

Les problèmes concernant les motifs

[35] Le début des motifs du juge est adéquat. Le juge décrit d'abord le contexte de l'affaire, aux paragraphes 1 à 6, et établit ensuite, au paragraphe 7, que la norme de contrôle applicable est celle de la décision correcte. Puis, il passe en revue la jurisprudence pertinente ayant trait à l'honneur de la Couronne, au principe de la réconciliation et à l'obligation de consultation, aux paragraphes 8 à 16. Toutefois, à mon humble avis, le reste des motifs du juge est truffé d'incertitudes et de contradictions. Je vois au moins huit problèmes, dont six influent sur le caractère suffisant de ses motifs, les deux autres révélant une autre sorte d'erreur.

[36] Pour commencer, les intimées envers lesquelles le Canada a une obligation de consultation ne sont pas clairement déterminées. Au paragraphe 17, le juge déclare qu'il est convenu que « seules les Premières nations de Brokenhead et de Peguis sont directement touchées » par la décision de transférer le casernement prise par le Canada, mais il conclut, au paragraphe 24, que le Canada avait l'obligation de consulter toutes les intimées. Puis, au paragraphe 36, il répète que Brokenhead et Peguis sont spécialement touchées par la décision et, au paragraphe 37, il affirme que la décision de transférer le casernement à la SIC « a donné lieu à l'obligation de consulter les Premières nations de Brokenhead et de Peguis avant que cette intention soit précisée dans la décision ». Enfin, le juge statue, dans son ordonnance, que « le Canada avait l'obligation légale de consulter à propos de sa décision [...] et [qu']il ne s'est pas acquitté de cette obligation », et ajoute que, « en particulier », le Canada avait « om[is] de s'acquitter de l'obligation légale de consulter » Brokenhead et Peguis. Il conclut en adjugeant les dépens à toutes les intimées.

[37] D'après les motifs, il est certes possible de déduire que le Canada a, de l'avis du juge, une obligation de consultation envers Brokenhead et Peguis seulement, mais il est tout aussi possible d'interpréter les motifs comme s'ils signifient que le Canada a une obligation envers toutes les intimées. À mon avis, ce manque de clarté pose deux problèmes.

[38] Premièrement, il contrevient à la règle voulant que « l'ordonnance [...] doit être clair[e] et spécifique. L'intéressé doit savoir exactement ce qu'il lui faut accomplir pour s'y conformer » : *Pro Swing Inc. c. Elta Golf Inc.*, 2006 CSC 52, [2006] 2 R.C.S. 612, au paragraphe 24. Le Canada est enjoint de consulter, mais sans savoir avec certitude qui il doit consulter en raison du manque de clarté des motifs du juge.

[39] Deuxièmement, le manque de clarté empêche la Cour d'appel de jouer son rôle. La Cour d'appel doit déterminer s'il était convenable pour le juge de rendre l'ordonnance qu'il a prononcée. Toutefois, parce que le sens de l'ordonnance n'est pas clair, la Cour d'appel « s'estime incapable de déterminer si la décision est entachée d'une erreur » : *Sheppard*, au paragraphe 28.

[40] Une deuxième source d'incertitude connexe a trait au défaut du juge de faire adéquatement la distinction entre les circonstances différentes des intimées, divulguées dans le dossier et débattues à l'audience. Long Plain, Swan Lake et Roseau River ont toutes signé avec le Canada des ententes sur les DFIT qui ne leur donnent pas explicitement un droit de priorité au regard des terres fédérales excédentaires. Brokenhead et Peguis ont signé avec le Canada des

ententes contenant des dispositions qui leur donnent expressément un tel droit de priorité.

Sagkeeng n'a pas encore signé d'entente avec le Canada. Quant à Sandy Bay, elle n'a pas non plus signé d'entente avec le Canada, sa revendication ayant été rejetée.

[41] Il peut donc être soutenu qu'au moins quatre situations différentes se distinguent en l'espèce, lesquelles pourraient signifier, en définitive, que les intimées n'ont pas toutes le même droit d'être consultées, si droit il y a. La Cour suprême a statué que des motifs détaillés sont nécessaires quand le juge est appelé à « démêler des éléments de preuve embrouillés et contradictoires sur une question clé » : *R.E.M.* au paragraphe 44, où est cité *Sheppard*, au paragraphe 55.6. Le juge a omis, à mon humble avis, de fournir des motifs suffisants pour démêler ces éléments de preuve embrouillés. Par conséquent, nous ne pouvons savoir ce que le juge pensait des conséquences possibles de ces circonstances différentes.

[42] La troisième source d'incertitude tient à ce que le juge n'a pas tenu compte de la description du casernement. Comme je l'ai déjà dit, le casernement est composé de deux unités, c'est-à-dire l'ancienne section opérationnelle de la base et la section des logements familiaux. Le Canada affirme avoir pris une décision seulement quant à la première unité. Ce fait essentiel ne figure nulle part dans les motifs du juge. Il est donc difficile de savoir si l'ordonnance s'applique à la section opérationnelle de la base ou à toute la base.

[43] La quatrième source d'incertitude découle du défaut du juge d'analyser l'importance, le cas échéant, des trois décisions distinctes prises par le Canada à propos du casernement. Au

paragraphe 31 de ses motifs, le juge souligne que le Canada a pris trois décisions différentes : en avril 2001, le Canada a décidé de déclarer le casernement Kapyong comme terre fédérale excédentaire; en novembre 2001, le Canada a décidé que les terres excédentaires du casernement Kapyong faisaient l'objet d'une aliénation « stratégique » de biens; et en novembre 2007, le Canada a décidé de transférer les terres excédentaires du casernement Kapyong à la SIC. Même s'il était utile pour le juge de délimiter les différentes décisions, celui-ci n'a pas expliqué l'effet, le cas échéant, que les trois décisions avaient eu ou avaient sur les droits des intimées. Cette omission du juge nous empêche également d'examiner comme il convient le caractère correct de sa décision.

[44] Cinquièmement, le juge indique, au paragraphe 32 de ses motifs, que la Politique en cause, d'abord adoptée en 2001, a été modifiée en 2006 par la Directive. Toutefois, il ne dit pas que le Canada était tenu, aux termes de la Directive, de déterminer si le fait de déclarer les terres comme étant stratégiques avait des effets sur les droits ou les revendications des Autochtones. Puisque la Directive a été publiée en 2006, elle aurait pu influencer sur l'entente signée avec Peguis cette année-là. Elle aurait aussi pu se répercuter sur la décision de transférer le casernement à la SIC prise par le Conseil du Trésor en novembre 2007. Or, étant donné que le juge n'a tiré aucune conclusion de ces faits essentiels pas plus qu'il n'a fourni d'analyse à cet égard, nous sommes encore une fois dans un opaque brouillard en ce qui concerne les conséquences éventuelles des modifications apportées à la Politique.

[45] Sixièmement, le Canada affirme que Brokenhead a d'abord eu recours au processus de règlement des différends prévu par l'entente qu'elle avait conclue avec le Canada, démarche qu'elle a abandonnée à tort. Selon une règle générale, à moins de circonstances exceptionnelles, une partie doit épuiser les recours prévus par le processus administratif avant d'engager une action ou de présenter une demande de contrôle judiciaire : *C.B. Powell Ltd. c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, 400 N.R. 367, au paragraphe 4. Le juge connaissait assurément cette règle, mais il n'a tiré aucune conclusion, dans un sens ou dans l'autre, quant à l'incidence éventuelle du mécanisme de règlement des différends en place sur la capacité de Brokenhead de demander réparation aux tribunaux. Encore une fois, la Cour ne peut faire un examen efficace en appel parce que le juge n'a formulé aucune conclusion sur cette importante question.

[46] J'examinerai maintenant les deux autres erreurs qui ne concernent pas le caractère suffisant des motifs du juge mais qui révèlent un autre problème soulevé par son approche.

[47] Au paragraphe 27 de ses motifs, le juge critique le Canada pour avoir soutenu qu'il n'existait aucune obligation de consultation dans les circonstances et, subsidiairement, que s'il existait une telle obligation, il s'en était acquitté. Comme la Cour l'a mentionné ci-dessus, le juge, se prononçant sur la position du Canada, a estimé qu'il était « difficile de prétendre » une telle chose.

[48] À mon humble avis, les commentaires du juge sont difficiles à comprendre, étant donné que les arguments subsidiaires sont monnaie courante dans les litiges et régulièrement acceptés par les tribunaux : *Kerr c. Danier Leather Inc.*, 2007 CSC 44, [2007] 3 R.C.S. 331, aux paragraphes 34 et 45; *Association canadienne des télécommunications sans fil c. Société canadienne des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique*, 2008 CAF 6, 64 C.P.R. (4th) 343, au paragraphe 17. Selon moi, le juge a commis une erreur en omettant d'examiner sérieusement l'argument subsidiaire du Canada selon lequel l'obligation de consultation avait été respectée. Bien que le juge ait fini par exprimer une opinion superficielle sur la question de savoir si le Canada avait ou non rempli son obligation, les motifs révèlent clairement qu'il n'a pas sérieusement examiné l'argument. Il écrit ce qui suit, au paragraphe 29 de ses motifs :

[29] Inutile d'exposer les détails relatifs à la conduite antérieure du Canada et des Premières nations demanderesse à l'égard des terres en question puisque, selon moi, le Canada reconnaît qu'il croyait n'avoir aucune obligation de consultation, ce qui explique sa conduite. Or, par cette décision, une nouvelle phase débute dans la relation entre le Canada et les Premières nations demanderesse.

[49] Ensuite, au paragraphe 19 de ses motifs, le juge affirme que, « aux termes de l'alinéa 3.04(iv)b [de l'entente signée par Peguis], la Première nation de Peguis est autorisée à acquérir des terres fédérales excédentaires de la même façon que la Première nation de Brokenhead » [non souligné dans l'original]. Cette affirmation est trompeuse. L'alinéa 3.04(iv)b de l'entente signée par Peguis précise que Peguis « peut » acquérir des terres fédérales excédentaires conformément à l'article 3.09. Le paragraphe 3.09(7) indique que [TRADUCTION] « la manifestation d'un intérêt dans l'acquisition des terres fédérales excédentaires par Peguis [...] ne donne pas un droit ni ne crée une garantie selon laquelle les terres pourront être acquises par

Peguis » [non souligné dans l'original]. Ainsi, l'entente signée par Peguis ne confère manifestement pas à Peguis le droit d'acquérir des terres fédérales excédentaires, mais lui donne plutôt la possibilité d'acheter des terres fédérales excédentaires dans des circonstances particulières. Il est plus précis de dire, comme le juge l'a lui-même fait au paragraphe 18 de ses motifs relativement à l'entente signée par Brokenhead, que Peguis « peut » acquérir des terres fédérales excédentaires.

Conclusion

[50] Je conclus donc que les motifs du juge sont insuffisants. Le juge ne tente pas de démêler les difficiles questions juridiques et les éléments de preuve contradictoires dont il disposait ni de résoudre ces problèmes. Au paragraphe 55 de ses motifs dans l'arrêt *R.E.M.*, la juge en chef établit ce que les cours d'appel doivent se demander lorsqu'il leur faut déterminer si les motifs d'un juge sont suffisants :

[55] La cour d'appel doit se demander, en faisant preuve de retenue, si les motifs considérés avec la preuve versée au dossier, les observations des avocats et les questions en litige au procès font ressortir le fondement du verdict. Elle doit examiner les motifs dans leur contexte global. Elle doit déterminer si, de ce point de vue, le juge du procès semble avoir saisi l'essentiel des questions fondamentales en litige au procès. Si les éléments de preuve sont embrouillés ou contradictoires, la cour d'appel doit se demander si le juge du procès a manifestement relevé et résolu les contradictions. En présence d'une question de droit épineuse ou de droit nouveau, elle doit se demander si le juge du procès a relevé et résolu cette question.

[51] À mon avis, le juge n'a pas saisi l'essentiel des questions en litige fondamentales qui lui étaient soumises. Il n'a pas réussi non plus à traiter adéquatement la preuve dont il disposait, en

ce sens qu'il en a ignoré des éléments essentiels et n'a donc pas tiré à leur sujet des conclusions qui auraient permis à la Cour de faire un examen valable en appel.

[52] La Cour n'aurait comme autre possibilité, à part renvoyer l'affaire à la Cour fédérale, que de se transformer en tribunal de première instance et tirer de nouvelles conclusions de fait ainsi que des conclusions de droit d'après ces faits. Ce n'est pas le rôle de la Cour. Je suis donc convaincu que la Cour n'est pas en mesure de faire un examen valable en appel dans ces circonstances.

[53] Je souligne en passant qu'après la décision du juge, un revirement jurisprudentiel en droit autochtone s'est produit à la suite des arrêts de la Cour suprême *Rio Tinto Alcan Inc. c. Conseil tribal Carrier Sekani*, 2010 CSC 43, [2010] 2 R.C.S. 650, et *Beckman c. Première nation de Little Salmon/Carmacks*, 2010 CSC 53, [2011] 1 C.N.L.R. 12, (*Beckman*), où la Cour suprême examine ce qui déclenche l'obligation de consulter et la façon dont les accords sur des revendications territoriales modernes, comme ceux dont il est question en l'espèce, façonnent cette obligation. En particulier, le juge qui examinera à nouveau l'affaire souhaitera peut-être tenir compte de l'argument de la Couronne concernant l'effet des dispositions de libération figurant dans les ententes respectives que la Couronne a conclues avec les intimées à la lumière de ce que la Cour suprême a dit dans *Beckman* à propos du poids à accorder aux dispositions contenues dans des accords sur des revendications territoriales complexes, qui ont été adéquatement négociés.

[54] Pour ces motifs, j'accueillerais l'appel avec dépens, j'annulerais la décision du juge et je renverrais l'affaire au juge en chef de la Cour fédérale ou à un juge, autre que le juge Campbell, désigné par le juge en chef pour qu'il tranche à nouveau les questions en litige en tenant compte des présents motifs.

« Marc Nadon »

j.c.a.

« Je suis d'accord
Gilles Létourneau, j.c.a. »

« Je suis d'accord
J. Edgar Sexton, j.c.a. »

Traduction certifiée conforme
Johanne Brassard, trad. a.

COUR D'APPEL FÉDÉRALE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

DOSSIER : A-446-09

INTITULÉ : SMR ET AUTRES c.
PREMIÈRE NATION DE
BROKENHEAD ET AUTRES

LIEU DE L'AUDIENCE : Winnipeg (Manitoba)

DATE DE L'AUDIENCE : Le 22 février 2011

MOTIFS DU JUGEMENT : LE JUGE NADON

Y ONT SOUSCRIT : LES JUGES LÉTOURNEAU et
SEXTON

DATE : Le 3 mai 2011

COMPARUTIONS :

Jeff Dodgson
Jeff Echols
Norman Boudreau
Jeff Rath
Kris Saxberg
Bradley Regehr

POUR LES APPELANTS

POUR LES INTIMÉES (À
L'EXCEPTION DE LA PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE)

POUR LES INTIMÉES (À
L'EXCEPTION DE LA PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE)

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

Myles J. Kirvan
Sous-procureur général du Canada
Booth Dennehy LLP
Winnipeg (Manitoba)

POUR LES APPELANTS

POUR LES INTIMÉES (À
L'EXCEPTION DE LA PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE)

Rath & Company
Priddis (Alberta)

POUR LES INTIMÉES (À
L'EXCEPTION DE LA PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE)

D'Arcy & Deacon LLP
Winnipeg (Manitoba)

POUR L'INTIMÉE PREMIÈRE
NATION DE SWAN LAKE)