

TRIBUNAL DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES CANADA

MÉMOIRE

Présenté au Dr Benoit Pelletier, le représentant spécial du ministre pour l'examen quinquennal du Tribunal effectué conformément à l'article 41 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*.

L'hon. Harry Slade, c.r., président, Tribunal des revendications particulières Canada
Alisa Lombard, B.Sc.Soc., LL.L., J.D., conseillère juridique, Tribunal des revendications particulières Canada

Le présent mémoire traite des questions soulevées par les intervenants que le représentant spécial du ministre a consultés aux fins de l'examen. Il contient également nos réflexions sur les mesures qui pourraient améliorer le processus des revendications particulières en général, y compris le fonctionnement du Tribunal dans l'exécution de son mandat.

TABLE DES MATIÈRES

I. Introduction	3
II. Préoccupations et propositions des intervenants	4
A. Préoccupations	4
B. Propositions de modification du processus.....	4
III. Analyse	6
A. Le modèle de la Commission canadienne des droits de la personne	6
B. Procédure sommaire.....	7
C. Évaluation rapide et non contraignante du bien-fondé (ÉR)	9
D. Médiation	10
E. Les avantages	10
F. Les protonotaires dans la gestion de cas au début du processus.....	11
G. Élargissement de la compétence du Tribunal	12
a. Financement ou provisions pour frais	12
b. Médiation	12
c. Revendications des Métis.....	13
d. Contrôle judiciaire.....	13
e. Présence institutionnelle à Vancouver	14
H. Nominations des juges	14
I. La participation provinciale dans des instances devant le TRP.....	15
IV. Réponse aux questions énoncées dans le document <i>Commentaires relatifs à l'examen quinquennal de la Loi sur le Tribunal des revendications particulières</i>	17

I. Introduction

[1] Lors d'une réunion tenue le 31 mars 2015, le président du Tribunal des revendications particulières (TRP), le juge Harry Slade, s'est engagé à livrer nos réflexions sur les questions qu'on nous a dit furent soulevées lors des consultations entre le représentant spécial du ministre et différents intervenants dans le cadre de l'examen quinquennal effectué par le ministre. Nous comprenons que le mandat du représentant du ministre ne se limite pas à des recommandations de modification de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières (LTRP)*. Cela fait sens, car les principes de la politique sur les revendications particulières et de la *LTRP* qui régissent l'admissibilité des revendications dans les deux processus devraient être en harmonie, ce qui, comme l'a révélé la décision du Tribunal dans *Bande Beardy's et Okemasis N^{os} 96 et 97 c Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2015 TRPC 3 (Beardy's)*, n'est pas le cas en ce moment.

[2] Le présent mémoire ne se limite pas à des commentaires sur les questions soulevées par les intervenants. Il comprend également des réponses aux questions posées par le ministre.

[3] Le représentant du ministre est conscient des difficultés actuelles du TRP qui sont exposées en détail dans le rapport annuel de 2014 du juge Slade, y compris :

- l'insuffisance chronique de ressources judiciaires du TRP; et
- les préoccupations à l'égard de l'indépendance institutionnelle et judiciaire compromise à la suite de la mise en œuvre par le gouvernement de la *Loi sur le Service canadien d'appui aux tribunaux administratifs (SCDATA)*.

[4] Ces difficultés ne sont toujours pas résolues. Sans une résolution systémique, elles compromettront le succès de plusieurs, voire même de l'ensemble, de nos suggestions, si elles devaient être mises en œuvre dans les processus des revendications particulières.

[5] Nos observations reflètent la compréhension que le rapport du représentant du ministre au ministre d'Affaires autochtones et Développement du Nord Canada (AADNC) doit contenir des recommandations concernant les deux phases du processus des revendications particulières. Les modifications apportées à la *LTRP* pourraient nécessiter des changements à la politique, intitulée *Dossier en souffrance*, afin que les deux soient en harmonie.

[6] La *LTRP* prévoit un processus juridictionnel. La justice naturelle est la pierre angulaire de tous les processus juridictionnels. En tant que prolongement de la branche exécutive du gouvernement dont le mandat est juridictionnel, mettant l'accent sur l'indépendance et la conciliation, le Tribunal doit adopter des processus qui obéissent aux principes de justice naturelle, d'autant plus que son mandat consiste à statuer sur les revendications des Premières Nations fondées sur l'omission de la Couronne d'exécuter ses obligations légales. Les observations du Tribunal reposent sur ces principes.

II. Préoccupations et propositions des intervenants

A. Préoccupations

- Temps nécessaire pour se préparer à une audience et clore une audience.
- Absence de processus sommaire.
- Coût des instances devant le Tribunal, surtout les honoraires d’avocat.
- Contrôle du financement par AADNC et financement inadéquat.
- Aucune disposition concernant les revendications des Métis.
- Aucun suivi de la part de la Couronne à l’égard des discussions en vue d’un règlement par voie de médiation.
- Les décisions du Tribunal ne sont pas définitives en raison de l’accès au contrôle judiciaire.

B. Propositions de modification du processus

[7] La création du Tribunal – qui s’inscrit dans la poursuite des engagements du gouvernement énoncés dans *La justice, enfin* – a établi une phase du processus global de règlement des revendications particulières dans laquelle les principes de justice naturelle sont respectés. Le Tribunal est indépendant. Le processus est impartial et transparent. Les décisions sont rendues sur la base de documents qui sont du domaine public. Les audiences se déroulent en public.

[8] Les changements apportés à *Dossier en souffrance* n’ont pas prévu de mesures assurant la transparence ou un réel engagement envers les revendicatrices dans le processus de la Direction générale des revendications particulières (DGRP). La décision du Tribunal dans *Beardy’s* révèle que les revendications dans le cadre du processus de la DGRP pourraient faire l’objet d’une recommandation de rejet par le ministre en raison de politiques internes de la DGRP qui ne figurent pas dans la politique publiée et qui n’ont pas par ailleurs été largement communiquées aux Premières Nations. Les Premières Nations peuvent raisonnablement s’attendre à ce que les revendications dans le cadre du processus de la DGRP soient évaluées selon leur bien-fondé factuel et juridique, et non en fonction de motifs de politique qui ne figurent nulle part dans la politique sur les revendications qui a été publiée.

[9] Les changements apportés à *Dossier en souffrance* ont permis l’accès au Tribunal lorsqu’une revendication est demeurée dans le processus de la DGRP pendant trois ans sans aucune réponse de la part du ministre. Les revendications déposées au Tribunal qui furent premièrement présentées au ministre en vertu de la version précédente de *Dossier en souffrance* révèlent que les Premières Nations ont attendu jusqu’à quinze ans pour avoir une réponse. Ce

changement ne garantit pas, par contre, une réponse du ministre dans les trois ans suivant la date de dépôt.

[10] Étant donné que l'issue d'une décision du Tribunal est définitive, et empêche toute revendication future fondée essentiellement sur les mêmes faits, des processus préalables à l'audience coûteux sont à prévoir si l'objectif visé est un résultat juste (pour une explication complète, voir la décision dans *Première Nation Halalt c Sa Majesté la Reine du chef du Canada*, 2014 TRPC 12) (*Halalt*). Cela dit, nous souscrivons à l'objectif des modifications apportées au processus du Tribunal pour assurer l'intemporalité et l'accessibilité.

[11] Plusieurs des solutions analysées ci-dessous prévoient un rôle élargi du Tribunal dans la réception et l'évaluation rapide des revendications particulières. Elles nécessiteraient toutes l'ajout de ressources pour le Tribunal :

1. Un processus en deux étapes, calqué sur le processus établi sous le régime de la *Loi canadienne sur les droits de la personne* (LRC 1985, c H-6) (*LCDP*).
2. Un processus facultatif de procès sommaire devant le Tribunal. Les procédures préalables à l'audience seraient plus limitées que celles prévues pour une audience complète devant le Tribunal.
3. Un avis juridique obligatoire, rapide et non contraignant sur le bien-fondé de la revendication (une « évaluation rapide »).
4. Dans certaines circonstances, une médiation obligatoire.
5. Gestion de cas par les protonotaires ou d'autres non-juges.
6. Modification de la compétence actuelle du Tribunal.

[12] Il convient de rappeler que le manque de ressources chronique du Tribunal constitue un obstacle majeur à sa charge de travail actuelle, sans parler de l'élargissement de son rôle et de ses fonctions.

III. Analyse

A. Le modèle de la Commission canadienne des droits de la personne

[13] Un modèle modifié de Commission canadienne des droits de la personne (CCDP)/Tribunal canadien des droits de la personne (TCDP) pour la réception et le règlement rapide des revendications particulières a été proposé. Cela nécessiterait la création de l'équivalent de la CCDP dans le processus des revendications particulières, une Commission des revendications particulières (Commission).

[14] Nous comprenons que l'objet de cette proposition est la création de la possibilité de régler une revendication sans avoir à passer par le processus potentiellement long et coûteux d'une audience complète devant le Tribunal. Se posent les questions suivantes :

1. La Commission se demanderait-elle si la revendication relève de la compétence du Tribunal et procéderait-elle à une évaluation préliminaire de son bien-fondé?
2. Si la revendication établissait une violation *prima facie* d'une obligation légale, le rôle de la Commission serait-il de recommander au ministre d'accepter d'entamer des négociations et d'ordonner aux fonctionnaires du ministère de le faire?
3. Si des observations initiales pouvaient être présentées à la Commission, cela impliquerait-il l'élimination de la Direction générale des revendications particulières (DGRP) d'AADNC? Dans la négative, cela pourrait donner lieu à l'ajout d'une couche de processus, et à des retards et dépenses supplémentaires.
4. Ferait-elle, comme la CCDP, fonction de forum où une décision de renvoyer la revendication au Tribunal pour qu'il tienne une audience serait rendue si la revendication n'était pas réglée à ce niveau? Si la Commission faisait fonction d'endroit moins formel pour le règlement rapide d'une revendication, évaluerait-elle le bien-fondé de la revendication sur la base des observations de la revendicatrice et du ministre, et faciliterait-elle les discussions en vue d'un règlement rapide? À défaut de règlement, tirerait-elle des conclusions et en ferait-elle rapport?

[15] L'adaptation du processus établi sous le régime de la *LCDP* aux revendications particulières pourrait améliorer le processus de réception des revendications, de la présentation initiale au règlement définitif, de plusieurs façons :

1. Indépendance accrue : La Commission ne serait pas un ministère relevant du ministre d'AADNC, qui est étroitement associé à la défenderesse, la Couronne.

2. Équité et transparence : Dans le cadre du processus de la DGRP, les revendicatrices doivent présenter les éléments de preuve et l'analyse juridique sur lesquels elles se fondent pour alléguer l'existence et la violation d'une obligation légale de la Couronne. Cependant, les revendicatrices n'ont pas un accès garanti à la recherche factuelle ou l'analyse juridique invoquées par la DGRP, l'organisme de la Couronne chargé de faire des recommandations au ministre. La Commission pourrait, dès le dépôt, communiquer l'existence d'une revendication en attente à une DGRP au mandat renouvelé, qui pourrait, à sa discrétion, effectuer une recherche et une analyse. Une communication bilatérale faciliterait la recherche d'un règlement potentiel.
3. Règlement rapide : Le processus de la Commission assurerait l'échange rapide de renseignements et l'établissement des possibilités de règlement. À défaut de règlement à cette étape, la Commission pourrait faire une recommandation au ministre sur la base de son évaluation du bien-fondé de la revendication. Si le ministre refusait d'accepter la revendication aux fins de négociation, l'affaire serait renvoyée au Tribunal. Le délai combiné pour obtenir le rapport de la Commission et la réponse du ministre pourrait être bien plus court que le délai de trois ans actuel.
4. Le règlement rapide réduirait les frais des deux parties.
5. La Commission pourrait évaluer le financement nécessaire pour permettre à la revendicatrice de faire avancer sa revendication, et faire des recommandations à l'organisme de financement. Un rôle dans l'approbation du financement pourrait être envisagé. La Commission des traités de la Colombie-Britannique (CTCB) participe au financement. Son processus de financement mérite d'être examiné.

[16] Ce modèle pourrait entraîner une augmentation des coûts de fonctionnement, car la Commission serait indépendante du Tribunal. Elle devrait disposer de ressources adéquates sur le plan du personnel, des locaux et de la technologie.

[17] Le plus préoccupant, c'est qu'il maintiendrait en partie le *statu quo*, car il n'y aurait aucune évaluation judiciaire du bien-fondé des revendications dans ce processus.

B. Procédure sommaire

[18] Après novembre 2009, date à laquelle les juges Mainville, Smith et Slade ont été nommés membres du Tribunal, nous avons sollicité des mémoires sur les éléments du processus du Tribunal et les règles de procédure. Nous avons ensuite nommé un comité consultatif en vertu

du paragraphe 12(2) de la *LTRP* pour nous aider lors de l'établissement des *Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières* [Règles].

[19] Certains participants, les représentants de la DGRP en particulier, s'attendaient à ce que le Tribunal adopte un processus qui commandait simplement un examen des éléments de preuve et des arguments juridiques contenus dans les revendications présentées dans le cadre du processus de la DGRP, et des documents présentés par la Couronne.

[20] La Couronne n'a aucune obligation de communication dans le processus de la DGRP. La revendicatrice peut ne jamais avoir été informée du contenu des documents pris en compte dans l'élaboration de sa recommandation au ministre quant à savoir s'il y a lieu d'accepter la revendication aux fins de négociation. L'analyse juridique de la Couronne n'est pas communiquée, mais est néanmoins invoquée, et la revendicatrice ne peut y répondre.

[21] Le comité formé de membres du Tribunal, visé au paragraphe 12(1) de la *LTRP*, a conclu qu'un processus comportant de telles limites ne permettrait pas de statuer sur les revendications d'une manière manifestement équitable et transparente. La *LTRP* confère au Tribunal des pouvoirs lui permettant de faire en sorte que les parties communiquent tous les documents potentiellement pertinents et de fournir aux parties toute l'occasion voulue de produire des éléments de preuve documentaire, des rapports d'expert et des histoires orales, le cas échéant. Du temps doit aussi être accordé pour l'échange d'avis juridiques préalable à l'audience.

[22] Les parties ont besoin de temps pour bien se préparer à l'audience. Cela est très important, car l'article 35 de la *LTRP* empêche toute revendication future fondée essentiellement sur les mêmes faits qu'une revendication qui a été confirmée ou rejetée par le Tribunal. L'article 34 de la *LTRP* précise que les décisions du Tribunal sont définitives et ont l'autorité de la chose jugée entre les parties devant tout tribunal ou dans toute instance, sous réserve de révision judiciaire par la Cour d'appel fédérale. Ce caractère définitif démontre l'importance de l'accès des revendicatrices à la communication préalable à l'audience.

[23] Le Tribunal impose une gestion de cas intensive, ce qui permet d'assurer l'équité procédurale tout au long de la progression d'une demande de son dépôt à l'audience. Malheureusement, parce que le processus doit assurer l'équité, les procédures et les coûts peuvent traîner en longueur.

[24] Les procès sommaires sont courants devant les cours. Le processus du Tribunal est déjà semblable à certains égards, car la preuve, dans les deux cas, se limite généralement à des documents, et dans un procès sommaire, à des affidavits. Les deux peuvent porter sur des questions juridiques complexes, ce que les revendications particulières font presque toujours.

[25] Il serait toutefois possible de rendre le processus devant le Tribunal plus court que présentement. Si tous les documents sur lesquels s'appuie la DGRP étaient communiqués à la revendicatrice à cette étape de la revendication, et s'il n'y avait aucun obstacle au fait que le Tribunal examine tous les documents préparés après la présentation de la requête à la DGRP, y compris les rapports conjoints, la preuve pourrait être suffisante pour rendre une décision définitive quant à la revendication. Les deux parties présenteraient des observations écrites sur les faits et le droit, comme cela se fait dans les procès sommaires devant les cours.

[26] Il existe une caractéristique que tous les procès sommaires ont en commun. Si le juge du procès estime que l'affaire ne se prête pas à une décision par voie sommaire, l'affaire est renvoyée sur la liste des procès en vue d'une audition complète de la preuve. Cela devrait s'appliquer aux affaires dont le Tribunal est saisi.

[27] Un processus sommaire pourrait être établi par une modification apportée aux *Règles* du Tribunal. Aucune modification de *LTRP* ne serait nécessaire.

[28] Nous mettons de nouveau sur pied un comité consultatif en vertu du paragraphe 12(2) de la *LTRP* et espérons travailler avec les intervenants sur une forme de procédure sommaire et les modifications correspondantes à apporter aux *Règles* et aux directives de pratique.

C. Évaluation rapide et non contraignante du bien-fondé (ÉR)

[29] Nous comprenons que les intervenants ont proposé un examen rapide du bien-fondé de la revendication par le Tribunal. Comme supplément ou solution de rechange au procès sommaire, il pourrait y avoir un avis juridique non contraignant fondé sur l'examen des mêmes catégories de documents présentés dans un procès sommaire.

[30] Cela pourrait remplacer le processus de la DGRP. La revendication initiale serait déposée devant le Tribunal. Lorsque l'avis conclurait qu'une revendication potentiellement valide a été établie, le ministre n'aurait plus qu'à décider s'il accepte la revendication aux fins de négociation. En cas d'avis contraire, la Première Nation disposerait de plus de renseignements lui permettant de décider s'il y a lieu d'aller plus loin.

[31] Si la revendication est acceptée par le ministre, il devrait y avoir une médiation obligatoire lors des négociations si aucun règlement n'est conclu au bout de six mois.

[32] Il serait établi au début de la gestion de cas s'il y a lieu de procéder à une ÉR. Le consentement des parties ne serait pas nécessaire. Si le Tribunal avait les ressources nécessaires, l'ÉR serait effectuée et un avis non contraignant serait rendu dans les quatre mois suivant la réponse de la Couronne à la déclaration de revendication. La revendicatrice et le ministre disposeraient de quatre mois à compter de l'avis non contraignant pour décider comment

procéder. Si le ministre n'acceptait pas la revendication aux fins de négociation, la gestion de cas en vue de la préparer pour l'audience commencerait immédiatement. Si le ministre acceptait la revendication aux fins de négociation et que la revendication n'était pas réglée dans les douze mois de son acceptation par le ministre, la revendicatrice pourrait choisir de retourner devant le Tribunal.

[33] Si l'avis soulève des questions quant au bien-fondé de la revendication, la revendicatrice sera plus à même de décider s'il y a lieu d'aller plus loin.

[34] Le juge qui a effectué l'ÉR ne présiderait pas une audience complète sur la validité sans le consentement des deux parties, et pourrait évidemment se récuser en tout temps.

[35] Nous tenons à souligner que cela ne reviendrait pas à redonner vie au processus de la Commission des revendications particulières des Indiens. Le Tribunal demeurerait un décideur. Il ne deviendrait pas un enquêteur.

D. Médiation

[36] Dans les instances devant le Tribunal, les avocats de la Couronne revendiquent toujours le privilège relatif aux règlements à l'égard de tous les documents établis conjointement ou par l'une ou l'autre des parties dans le cadre de toute discussion pouvant avoir eu lieu pendant que la DGRP élaborait sa recommandation au ministre ou dans le cadre de la négociation relative à une revendication acceptée, ce qui comprend tous les rapports qui ont été préparés conjointement. Cette pratique générale semble inutilement contradictoire. Si la même position était adoptée en médiation, il en résulterait une perte des progrès déjà réalisés. Le médiateur pourrait obtenir des ordonnances de communication du Tribunal.

[37] Le médiateur devrait avoir le pouvoir de soumettre des questions de droit au Tribunal, y compris les questions concernant l'obligation de négocier de bonne foi des deux parties.

E. Les avantages

[38] Des dispositions prévoyant des procès sommaires et des ÉR donneraient les résultats suivants :

1. Processus accélérés d'évaluation judiciaire indépendante du bien-fondé de la revendication.
2. Possibilité de réduction importante des frais des deux parties.
3. Le ministre conserve son pouvoir discrétionnaire d'accepter la revendication.
4. Médiation obligatoire si la revendication a été acceptée et que les négociations ont cessé.

5. Les chances des parties de « maîtriser » l'issue sont améliorées.
6. Réduction de la moitié ou plus de la période actuelle de trois ans entre le dépôt de la revendication et son admissibilité à une audience complète devant le Tribunal.
7. Assure l'indépendance du décideur, l'équité et la transparence tout au long du processus des revendications particulières.

[39] Étant donné que la prérogative du ministre d'accepter ou de rejeter les revendications serait préservée, il s'agit de la meilleure solution.

[40] Les *Règles* pourraient prévoir des procès sommaires et des ÉR. Cependant, il faudrait apporter des modifications à la *LTRP* et à *Dossier en souffrance* pour obtenir le résultat souhaité sur le plan de la transparence, de l'efficacité, de la médiation efficace et des résultats justes tout au long du processus des revendications particulières.

F. Les protonotaires dans la gestion de cas au début du processus

[41] La gestion de cas constitue une étape importante du processus du TRP, où les questions en litige sont précisées, les délais pour la production des éléments de preuve sont fixés et les questions préliminaires sont réglées rapidement, réduisant ainsi au minimum la nécessité de tenir des audiences en bonne et due forme à l'égard des demandes.

[42] Les procès-verbaux et ordonnances établissent des échéanciers pour faire en sorte que les revendications soient traitées en temps opportun. Dans le processus de gestion de cas, le juge consacre la majeure partie de son temps à faciliter la préparation de la revendication, ce qui ne constitue pas la meilleure façon d'utiliser les rares ressources judiciaires actuelles.

[43] En raison de la complexité relative des questions juridiques et de preuve qui sont soulevées dans les revendications particulières, les membres du Tribunal ne voudront pas perdre l'occasion de se familiariser avec l'ensemble du dossier que leur fournit la gestion de cas. Les protonotaires informeront les juges des éléments nouveaux importants, et feront un rapport sur le processus de gestion de cas avant l'audience finale.

[44] Des protonotaires disponibles possédant le niveau d'instruction, l'expérience et la proximité géographique nécessaires¹ pourraient contribuer aux aspects moins litigieux du processus. Ils pourraient aussi contribuer à d'autres aspects de la procédure, comme la taxation des dépens.

[45] L'ajout de protonotaires dans la procédure du Tribunal nécessiterait la modification de la *LTRP*.

¹ Avocats avec expérience en litiges et en processus judiciaires, résidant autant que possible à Vancouver.

G. Élargissement de la compétence du Tribunal

a. Financement ou provisions pour frais

[46] Le financement accordé aux revendicatrices est contrôlé par AADNC. Nous réalisons que les intervenants disent que le financement – qui permet aux revendicatrices d'établir et de faire valoir leurs revendications à la DGRP et au TRP – manque d'indépendance.

[47] Il ne convient pas que les juges traitent les demandes de financement.

[48] Les cours supérieures ont le pouvoir d'attribuer du financement à l'avance en se fondant sur les facteurs établis dans l'arrêt *Bande indienne Okanagan c Canada*, 2003 CSC 71, [2003] 3 RCS 371 (*Okanagan*). Étant donné qu'aucune demande fondée sur l'arrêt *Okanagan* n'a été présentée au Tribunal, on ne sait pas si le Tribunal a le pouvoir de le faire.

[49] Un processus de financement indépendant du ministère pourrait être établi selon les principes énoncés dans l'arrêt *Okanagan*. Le Tribunal pourrait avoir compétence pour examiner les décisions en matière de financement afin de vérifier si elles respectent ces principes. Subsidiairement, une personne indépendante ou des protonotaires pourraient s'occuper de déterminer si les revendicatrices remplissent les conditions requises pour pouvoir bénéficier de provisions pour frais eu égard à des principes juridiques, non fondés sur des politiques, déjà établis. Si le modèle CCDP/TCDP était adopté, la Commission pourrait s'occuper du financement.

[50] La Commission des traités de la Colombie-Britannique (CTCB) est autorisée par la loi à rendre des décisions en matière de financement en faveur des parties qui participent à son processus. Une analyse de la façon dont ce pouvoir est structuré en pratique, sans tenir compte des résultats, pourrait faire ressortir de précieuses leçons retenues et servir de fondement à un nouveau pouvoir explicite prévu par la *LTRP*.

[51] Des modifications à la loi et aux règlements seraient nécessaires.

b. Médiation

[52] Des services de médiation ont été établis dans le cadre de la politique *La justice, enfin*. À notre connaissance, la DGRP a dressé une liste de médiateurs, mais ces services ne sont pas utilisés parce que les revendicatrices ont l'impression qu'ils ne sont pas suffisamment indépendants.

[53] Nous avons soulevé la question de la médiation au comité consultatif (paragraphe 12(2) de la *LTRP*). Les représentants de la DGRP, apparemment au nom du ministre, ont affirmé que la médiation n'était pas une option puisqu'un avis juridique sur une

question en litige avait été sollicité et accepté par le ministre. Les membres du Tribunal ont rappelé à la Couronne qu'un avis juridique était simplement une proposition, en aucun cas plus importante que la demande de la revendicatrice. La Couronne devrait toujours être ouverte à la médiation.

[54] Le Tribunal a le pouvoir législatif de fournir des services de médiation aux parties, et il a réglementé la médiation dans les articles 52 à 54 de ses *Règles*. Les revendicatrices expriment presque toujours le désir de participer à la médiation. La Couronne refuse invariablement de participer à la médiation. Par conséquent, le Tribunal n'a participé à la médiation pour aucune revendication.

[55] Un examen de la démarche adoptée par le National Native Title Tribunal (Australie) et le Waitangi Tribunal (Nouvelle-Zélande) à l'égard de la médiation dans des revendications historiques entre des nations autochtones et la Couronne peut permettre d'en tirer des leçons importantes.

c. Revendications des Métis

[56] Dans l'arrêt *Manitoba Métis Federation Inc c Canada (PG)*, 2013 CSC 14, [2013] 1 RCS 623, la Cour suprême a conclu que la Couronne n'a pas respecté ses obligations envers les Métis dans la mise en œuvre de la *Loi de 1870 sur le Manitoba*, LC 1870, c 3. La réparation accordée se limitait à un jugement déclaratoire. L'accès au Tribunal prévoirait une réparation concrète et un moyen de rétablir l'honneur de la Couronne.

[57] Des modifications à la *LTRP* seraient nécessaires.

d. Contrôle judiciaire

[58] Nous comprenons que les intervenants ont exprimé le désir de limiter le recours au contrôle judiciaire. Cela aurait pour effet de renforcer la clause privative de la loi (article 34 de la *LTRP*). Le TRP n'a aucune opinion précise à cet égard, si ce n'est que de souligner l'importance du contrôle judiciaire et de son rôle consistant à veiller au respect des principes de justice naturelle.

[59] La norme de contrôle de la « décision raisonnable » s'applique généralement lorsque les membres du Tribunal sont des experts en droit et qu'ils ont de l'expérience sur le terrain, dans le domaine dans lequel ils exercent leur mandat.

[60] Le recrutement au Tribunal est déjà difficile, compte tenu des domaines de droit spécialisés et complexes visés par les revendications qu'il instruit. Imposer des exigences d'expertise aux membres du Tribunal rendrait le recrutement encore plus difficile. Il conviendrait

mieux d'exiger les services d'un expert à l'appui de la fonction judiciaire, comme il en est question plus loin.

[61] Un bref document intitulé « *Le Tribunal des revendications particulières : Aperçu du recours en contrôle judiciaire* » préparé pour une présentation dans le cadre d'une rencontre au sujet des revendications particulières est joint en annexe pour souligner les liens inextricables entre le recours et la justice naturelle, son importance cruciale lorsque des nouvelles questions juridiques sont soulevées et la façon dont le recours diffère de l'appel. Le document était destiné à une audience d'intervenants. Le document est joint à l'annexe A.

[62] Depuis l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *Canada c Première nation de Kitselas*, 2014 CAF 150, [2014] 4 CNLR 6, toute modification au recours en contrôle judiciaire nécessiterait vraisemblablement des modifications législatives à la clause privative.

e. Présence institutionnelle à Vancouver

[63] Plus du trois quarts des revendications déposées auprès du Tribunal proviennent des provinces à l'ouest du Manitoba, dont la majeure partie provient de la Colombie-Britannique et de l'Alberta. La majorité des audiences sont menées dans les collectivités de la revendicatrice ou dans un centre urbain accessible à ses membres. Cette politique a été adoptée par le Tribunal conformément à son pouvoir légal et favorise l'objectif de réconciliation du Tribunal. Le fait que les membres des collectivités puissent assister aux audiences contribue également à la transparence. Le TRP pourrait réduire ses frais de déplacement en ayant une présence institutionnelle à Vancouver.

[64] Établir une présence institutionnelle à Vancouver ne nécessiterait pas d'apporter des modifications législatives en raison de la récente abrogation de l'article 10 de la *LTRP*; quoique cela nécessiterait l'autorisation de l'administrateur en chef conformément au paragraphe (2) de la *Loi sur le SCDATA*, LC 2014, c 20, art 376.

H. Nominations des juges

[65] Le ministre pourrait envisager de nommer des juges siégeant dans d'autres tribunaux que ceux de la Colombie-Britannique, de l'Ontario et du Québec. Le président a communiqué avec des juges en chef au Nouveau-Brunswick, en Nouvelle-Écosse et au Manitoba, qui étaient tous ouverts à l'idée de nommer des juges de leurs tribunaux. Des membres de plusieurs de ces tribunaux envisageraient sérieusement de se porter volontaire pour être nommés au Tribunal. Cela ne nécessiterait aucune modification à la *LTRP*.

[66] Le ministre pourrait envisager de prendre des mesures pour faciliter le recrutement des juges au Tribunal. Les domaines du droit sur lesquels le Tribunal se concentre sont spécialisés,

en constante évolution et très complexes. Le fait d'assurer les services d'un expert peut encourager les juges des cours supérieures sans expérience dans ces domaines du droit à poser leur candidature au Tribunal. La *LTRP* pourrait être modifiée pour prévoir un service de soutien par des experts en la matière pour les membres du Tribunal et permettre aux juges d'obtenir le soutien de ces experts comme ils l'entendent.

I. La participation provinciale dans des instances devant le TRP

[67] Le Tribunal peut accorder une indemnité à la charge d'une province dans la mesure où la perte est attribuable à la faute de la province si :

- la province est une partie (paragraphe 23(1) de la *LTRP*); et
- le Tribunal estime que la province est, en tout ou en partie, à l'origine des faits ou des pertes allégués par la revendicatrice (paragraphe 20(6) de la *LTRP*).

[68] Le Tribunal peut accorder une indemnité à la charge de la Couronne seulement dans la mesure où la perte est attribuable à sa faute si le Tribunal estime qu'un tiers est à l'origine, en tout en ou partie, des faits ou des pertes mentionnés au paragraphe 14(1) (paragraphe 20(1) de la *LTRP*).

[69] La *LTRP* prévoit qu'une province a le choix de devenir partie à une instance devant le Tribunal.

[70] Dans le cadre de la première conférence de gestion d'instance (CGI), les parties doivent aborder « les répercussions importantes que peut avoir une décision du Tribunal sur les intérêts d'une province [...] » (paragraphe 49(1) des *Règles*). Les parties peuvent aborder ce même point dans le cadre de CGI subséquentes (paragraphe 49(2) des *Règles*).

[71] D'après les discussions entamées dans le cadre des CGI, le Tribunal peut émettre un avis fondé sur le paragraphe 22(1) à une province s'il est d'avis qu'une décision peut avoir des répercussions importantes sur les intérêts de la province.

[72] Le Tribunal n'a compétence à l'égard d'une province que si celle-ci est partie à la revendication particulière (paragraphe 23(1) de la *LTRP*). Si le Canada allègue qu'une province a commis une faute, en tout ou en partie, et que la province a reçu un avis fondé sur l'article 22, le Tribunal doit accorder à la province la qualité de partie « à condition qu'elle lui ait confirmé par écrit qu'elle a pris les mesures nécessaires pour être liée par les décisions du Tribunal » (paragraphe 23(2) de la *LTRP*).

[73] Le Tribunal a émis 18 avis fondés sur l'article 22 depuis le début de ses activités, la plupart du temps à la province de la Colombie-Britannique. Ni la C.-B., ni aucune autre province, n'ont demandé à être parties à une instance devant le Tribunal.

[74] La *LTRP* ne peut prévoir, en raison du partage des pouvoirs, un recours pour remédier au défaut d'indemniser une revendicatrice lorsque la province n'est pas partie à l'instance devant le Tribunal.

[75] Les droits et intérêts de la revendicatrice sur des terres de la Première Nation sont abandonnés lorsqu'une conclusion d'invalidité est tirée ou lorsqu'une indemnité est accordée sur le fondement de la *LTRP* (article 35 de la *LTRP*, paragraphe 21(1) de la *LTRP*). La capacité de poursuivre une province pour obtenir une indemnité n'est pas touchée (paragraphe 21(1) de la *LTRP*). Toutefois, la capacité de la revendicatrice d'intenter une poursuite judiciaire dans les circonstances du paragraphe 21(1) est illusoire puisque la poursuite serait interdite par une loi sur la prescription dans la province.

[76] Le régime de la *LTRP* présente un risque qu'une Première Nation ayant une revendication valide ne soit en mesure de recouvrer qu'une partie de l'indemnité qu'on lui doit dans le cadre de la procédure devant le Tribunal. Ce risque est important dans les revendications en matière de création d'une réserve en C.-B. et est contraire aux objectifs de rapprochement de la *LTRP* et du caractère définitif des décisions.

[77] Une solution pratique aux limites de compétence de la *LTRP* décrites ci-dessus consisterait à établir le même genre de processus coopératif qui a mené à la *Loi sur le règlement des revendications relatives aux terres retranchées des réserves des Indiens de la Colombie-Britannique*, LC 1984, c 2 (revendications ayant trait aux terres retranchées), qui demeure un précédent pour la coopération fédérale-provinciale sur le règlement des revendications des Premières Nations.

[78] Les revendications ayant trait aux terres retranchées, si elles ne sont pas réglées, pourraient être présentées au ministre en vertu de la politique et déposées auprès du Tribunal sur le fondement de l'alinéa 14(1)c). Ces revendications découlaient de la perte de terres provisoirement mises de côté à titre de réserve en raison des recommandations de la Convention McKenna-McBride de 1913. Après de longues négociations entre les Premières Nations, le Canada et la Colombie-Britannique, une entente tripartite a été conclue. Elle prévoyait le retour des terres retranchées qui étaient conservées par la Province et le paiement d'une indemnité par le Canada pour les terres qui avaient été aliénées.

[79] Si les provinces deviennent parties à une instance devant le Tribunal et qu'une province est jugée responsable en tout ou en partie d'une perte pour la Première Nation, une indemnisation intégrale pour la perte en résulterait. Il serait salubre pour le Canada, et conforme au principe juridique de l'honneur de la Couronne, de solliciter la participation des provinces à cette fin.

IV. Réponse aux questions énoncées dans le document *Commentaires relatifs à l'examen quinquennal de la Loi sur le Tribunal des revendications particulières*

Question 1 : Selon vous, quelles sont les forces et les faiblesses du délai de trois ans stipulé au paragraphe 16(1) de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*?

[80] Lorsque le ministre a accepté de négocier le règlement d'une revendication, le délai de trois ans peut permettre aux parties d'établir une relation à l'extérieur du processus judiciaire, de nature plus conflictuelle. Toutefois, il peut faire en sorte que les négociations qui n'aboutissent pas s'étirent inutilement lorsqu'une décision sur une question de droit distincte permettrait aux parties de régler la revendication au moyen d'une entente de règlement définitive. La médiation, ainsi que la capacité de soumettre une question au Tribunal, aiderait.

[81] Le délai de trois ans à partir de la date de dépôt d'une revendication aux fins d'examen par le ministre est une grande amélioration par rapport au délai selon l'ancienne procédure, qui était généralement de cinq à quinze ans. Le délai pour évaluer le fondement factuel et juridique d'une revendication après la réception d'une revendication d'une Première Nation qui répond à la norme minimale est tout de même beaucoup plus long que nécessaire. Le délai de traitement des revendications déposées auprès du Tribunal est inférieur à trois ans malgré la nécessité de communiquer des documents, de présenter des récits oraux et des rapports d'expert, de se préparer à l'audience et d'échanger les mémoires.

Question 2 : Selon vous, quels seraient les avantages et les inconvénients si le Canada avait la possibilité de soumettre les revendications au Tribunal pour qu'elles soient tranchées, une option offerte actuellement aux Premières Nations?

[82] Cette possibilité pourrait permettre de régler les revendications de façon plus expéditive lorsque la Première Nation choisit de ne pas déposer sa revendication auprès du TRP, mais dépose sans cesse la même revendication en vertu de la Politique. Il s'agit des circonstances décrites dans le document de travail (même revendication déposée et rejetée trois fois).

[83] L'option d'une Première Nation de déposer une revendication auprès du Tribunal est définie comme un « droit » dans le préambule de la *LTRP*. C'est le choix de la Première Nation. Si le Canada a l'option de renvoyer les revendications au Tribunal pour qu'elles soient tranchées, la dérogation à ce principe peut être problématique, principalement pour des raisons de ressources. Lorsqu'une Première Nation n'a pas les ressources pour poursuivre une revendication particulière devant le Tribunal, elle serait forcée d'entrer dans le processus du Tribunal, chargée du fardeau de preuve, et potentiellement en manque de fonds ou d'autres ressources pour lui permettre de formuler et de présenter adéquatement sa revendication. Cela est particulièrement problématique puisque les décisions rendues par le Tribunal sont définitives, et il est interdit de présenter plus tard des revendications fondées essentiellement sur les mêmes faits. La possibilité d'iniquité serait atténuée si le Tribunal était habilité à ordonner une avance de fonds.

Question 3 : À votre avis, quels sont les avantages ou les inconvénients d'une révocation de l'article 42 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* et d'une modification de l'article 43 de la *Loi* en supprimant les mots « *Il demeure entendu que* » de la première ligne?

[84] Bien que les dispositions transitoires puissent sembler caduques à première vue, l'article 42 à lui seul établit que les revendications déposées avant l'entrée en vigueur de la *LTRP* sont « réputées déposées » à la date d'entrée en vigueur de la *LTRP*.

[85] Le paragraphe 42(1) doit être interprété conjointement avec les paragraphes (2) à (4), qui visent à imposer la « norme minimale » aux revendications déposées avant l'entrée en vigueur de la *LTRP*. Cela, combiné à l'article 43, signifie que les revendications précédemment déposées doivent répondre à la norme minimale et, dans la négative, elles ne peuvent être déposées de nouveau auprès du Tribunal qu'après trois ans. La décision du ministre en application des paragraphes 42(2) à (4) est prise, en réalité, par la DGRP. Le processus de la DGRP n'est pas transparent, et il est maintenant connu que les conseils qu'elle donne au ministre peuvent être fondés sur des critères non divulgués.

[86] Il se peut que des revendications déposées par le passé répondent à la norme minimale, mais n'ont pas été réputées déposées conformément à l'article 42. Si la revendicatrice dépose la revendication auprès du Tribunal, ce dernier devrait avoir la compétence de déterminer si elle fournit un avis suffisant au ministre des faits et du droit sur lesquels il s'est fondé pour permettre que la DGRP ou son successeur l'examine.

[87] Dans la mesure où les dispositions transitoires peuvent interdire le dépôt de revendications auprès du Tribunal sans prévoir de recours, nous recommandons qu'elles soient abrogées ou modifiées et que d'autres dispositions de la *LTRP* soient modifiées en conséquence.

Question 4 : Selon vous, comment pourrait-on élargir la fonction du Tribunal des revendications particulières pour améliorer les services aux parties?

[88] Voir les observations en général, qui sont toutes axées sur l'administration de la politique et l'élargissement des fonctions du Tribunal pour améliorer les services aux parties dans le cadre d'un processus juste et transparent à partir du dépôt initial des revendications jusqu'à leur règlement définitif.

Question 5 : Selon vous, comment l'article 34 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* peut-il être modifié pour améliorer le droit des parties participant aux procédures de contester une décision du Tribunal?

[89] Voir les observations intitulées « Contrôle judiciaire », aux para 58 à 62.

Question 6 : Que proposez-vous pour améliorer la structure du Tribunal des revendications particulières?

[90] Voir les observations en général. De plus, le fait de supprimer le Tribunal de la liste de tribunaux énumérés dans la *Loi sur le SCDATA* donnerait effet à l'intention initiale des intervenants en ce qui concerne l'effort commun historique ayant mené à l'introduction de la *LTRP*. Le rétablissement du greffe autonome, des crédits votés spécialement affectés et de la capacité d'établir les tâches de son personnel améliorerait l'efficacité du Tribunal et le rendrait moins vulnérable à une contestation de son indépendance fondée sur une partialité institutionnelle.

Question 7 : Selon vous, les Règles de procédure du Tribunal des revendications particulières pourraient-elles être modifiées pour améliorer l'efficacité et l'efficacé du Tribunal et assurer le règlement rapide des revendications?

[91] Oui. Voir les observations intitulées « Procédure sommaire » aux par 18 à 28 et « Évaluation rapide » aux para 29 à 35 et les observations en général.

Question 8 : Selon vous, quels sont les avantages et les inconvénients de fractionner légalement les audiences en ce qui a trait à la validité et à l'indemnité?

[92] Le fractionnement permet aux parties de se décharger de la tâche de présenter leur preuve sur l'indemnité avant qu'une décision sur la validité de la revendication ne soit rendue. Le fractionnement réduit de façon significative les coûts et les délais lorsqu'une revendication est jugée invalide.

[93] Il n'est généralement ni rentable ni expéditif de fractionner les revendications lorsque les questions de l'indemnité et de la validité sont inextricablement liées (par exemple, la justesse de l'indemnité pour des terres prises en vertu d'un pouvoir légal, les pertes attribuables à la mauvaise gestion des fonds des Indiens et autres éléments d'actif). Dans ces circonstances, la validité dépend en partie de la preuve du montant de la perte financière. Dans le cas des terres, cette même preuve serait nécessaire à l'étape de l'indemnité, à savoir la preuve de la valeur des terres au moment de la prise.

[94] Il est inutile d'apporter une modification prévoyant le fractionnement des audiences sur les questions de validité et d'indemnité puisque le fractionnement est fait régulièrement lorsqu'il est justifié. De plus, pareille modification entraverait le pouvoir discrétionnaire du membre qui préside de gérer la façon dont le Tribunal statue sur les revendications particulières et, dans certains cas, engendrerait des délais et des coûts inutiles.

Question 9 : Quelle est votre opinion concernant la suggestion à savoir que les audiences relatives à la validité devraient prendre la forme d'un processus accéléré, avec le consentement mutuel des parties, en utilisant la revendication et les données probantes qui

ont été présentées à l'origine au ministre des Affaires autochtones et du développement du Nord canadien?

[95] Voir les observations intitulées « Procédure sommaire » aux para 18 à 28 et « Évaluation rapide » aux para 29 à 35.

[96] « [L]es décisions du Tribunal [...] sont définitives et ont l'autorité de la chose jugée entre les parties dans tout recours pris devant une autre juridiction et découlant essentiellement des mêmes faits » (paragraphe 34(2) de la *LTRP*).

[97] La procédure sommaire fondée sur les documents originaux présentés seulement au ministre empêcherait la revendicatrice d'imposer la communication d'éléments de preuve en la possession de la Couronne, qui ne sont pas communiqués à la revendicatrice durant le processus devant la DGRP. Elle limiterait également la capacité de la revendicatrice de présenter des arguments qui tiennent compte de l'évolution du droit depuis le dépôt de la revendication, qui peut s'étendre sur une décennie. Cela est potentiellement injuste pour les deux parties. Le Tribunal doit être en position de s'assurer qu'un dossier complet lui a été présenté. Nous renvoyons à la décision *Halalt* du Tribunal pour une analyse complète.

Question 10 : Selon vous, quels sont les avantages et les inconvénients d'une modification de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* afin de légiférer sur une méthode normalisée visant à déterminer la valeur actuelle des pertes historiques?

[98] La *LTRP* prévoit actuellement que le Tribunal doit accorder une indemnité pour des pertes historiques « en fonction des principes d'indemnisation sur lesquels se fondent les tribunaux judiciaires ». L'application des principes de common law en matière d'indemnisation à l'égard de revendications particulières dépendra des faits et des conclusions sur la validité.

[99] Dans bon nombre de revendications, le Tribunal est directement appelé à se pencher sur le calcul de l'indemnité relativement à la valeur actuelle des revendications historiques. Les principes appliqués par les tribunaux dans des questions d'indemnité pour la valeur actuelle de pertes historiques sont complexes et méritent une analyse juridique adéquate et complète dans leur application aux revendications dont est saisi le Tribunal. Comme l'ont conclu les tribunaux et le Tribunal, cela relève du droit, et non de la politique. Une fois que les principes sont établis avec plus de certitude, une méthodologie normalisée peut être étoffée. Le fait d'établir unilatéralement une méthodologie normalisée à l'égard de l'indemnité sur la valeur actuelle des revendications historiques aurait l'effet indésirable d'empêcher l'évolution du droit et, potentiellement, de légiférer la position de la Couronne.

[100] Le Tribunal instruira une revendication sur l'indemnité en septembre 2015, qui pourrait répondre à la question. Puisque l'indemnité est une question en litige dans nombre de revendications, les intervenants présenteront des observations à l'audience. Anticiper une analyse juridique indépendante sur le calcul de l'indemnité risque d'entraîner des calculs incorrects en

droit, risquant ainsi de créer des incompatibilités juridiques et un manque de souplesse pour le Tribunal lorsqu'il tient compte de l'évolution continue du droit.

Question 11 : Selon vous, comment est-il possible d'accélérer l'échange de documents par le Tribunal?

[101] La communication intégrale relève de l'équité procédurale. Le délai que comporte l'échange de documents est généralement attribuable à la Couronne, qui a naturellement besoin de temps pour mener des recherches afin de s'acquitter de l'obligation de communiquer tous les documents à la revendicatrice. Le traitement rapide ne saurait l'emporter sur l'obligation du Tribunal d'instruire équitablement les revendications dont il est saisi.

[102] Si la Couronne communiquait ses documents aux revendicatrices dans le cadre du processus de la DGRP, tout comme la revendicatrice est tenue de le faire, l'échange de documents à l'étape du Tribunal pourrait alors être accéléré.

[103] Lorsque la production de documents accuse des retards excessifs, le Tribunal pourrait établir des dates fixes et exercer ses pouvoirs en matière d'application de la loi en cas de défaut de conformité.

[104] Nous recevons à l'occasion des demandes relatives à l'exclusion des éléments de preuve, ce qui entraîne des coûts additionnels et des retards dans l'échéancier. Le Tribunal n'est pas lié par les règles de la preuve, sauf dans les cas où l'on invoque un privilège. Les questions relatives au contenu des documents portent en général sur l'importance de ceux-ci et il est préférable de les régler à l'audience sur le fond.

Question 12 : Selon vous, comment est-il possible d'atteindre un équilibre entre la progression des revendications soumises au Tribunal et la nécessité d'utiliser des rapports d'experts additionnels ou d'autres éléments probants?

[105] Voir le présent document, section « Procédure sommaire », aux para 18 à 28, et la section « Évaluation préliminaire », aux para 29 à 35.

[106] Les rapports d'experts, établis souvent conjointement, sont habituellement produits au cours des négociations. Il arrive que ces rapports soient commandés à l'étape de la soumission des revendications, lors du processus de la DGRP. La Couronne conteste systématiquement l'admissibilité de ces rapports, au motif qu'ils sont assujettis au privilège lié aux négociations en vue d'un règlement. Cette approche semble inutilement antagoniste et cause des retards.

[107] Le processus interne d'instruction et d'approbation que le procureur de la Couronne doit suivre pour consulter des experts et retenir leurs services constitue également un facteur qui entraîne des retards.

Question 13 : Selon vous, comment la nécessité de procéder à des recherches additionnelles ou d'utiliser des rapports d'experts peut-elle être respectée tout en assurant une certaine proportionnalité entre les coûts de ces travaux et la valeur de la revendication?

[108] Voir le présent document, section « Procédure sommaire », aux para 18 à 28, et la section « Évaluation préliminaire », aux para 29 à 35.

Question 14 : Selon vous, comment est-il possible d'améliorer l'efficacité du Tribunal?

[109] Voir, de façon générale, le présent document.

Question 15 : Selon vous, quels sont les avantages et les inconvénients d'une modification de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* afin d'instaurer un délai d'exécution pour la soumission des revendications admissibles au Tribunal en vue d'un règlement exécutoire?

[110] Imposer aux Premières Nations un délai d'exécution en ce qui a trait à la soumission d'une revendication au Tribunal en raison du temps écoulé aurait pour effet de restreindre un « droit » reconnu par la politique et par la *LTRP* et reviendrait effectivement à établir un délai de prescription. L'adoption de moyens de défense fondés sur le temps écoulé serait contraire à l'objet de la politique sur les revendications particulières depuis sa mise en œuvre.

[111] Il peut arriver qu'une Première Nation souhaite introduire un recours devant le Tribunal, mais ne dispose pas des ressources nécessaires. Par conséquent, le Canada n'aura aucune garantie qu'une revendication particulière est réellement réglée de manière définitive.

Question 16 : Selon vous, comment est-il possible d'améliorer l'efficacité de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*?

[112] Voir, de façon générale, le présent document.

Question 17 : Selon vous, quels sont les avantages et les inconvénients de la norme minimale relative au dépôt des revendications particulières?

[113] Il est présumé que, dans le cadre du processus de la DGRP, la norme minimale permet aux fonctionnaires de s'assurer de la validité initiale des revendications soumises. Les exigences minimales relatives à la soumission d'une revendication au ministre ne visent pas le processus d'examen par le Tribunal ni son mandat à titre d'organisme nouvellement constitué. Voir ci-dessus, à la question 3.

Question 18 : Selon vous, un nouvel examen du Tribunal des revendications particulières est-il justifié dans le cadre du 10^e anniversaire de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières* ou autrement, quand suggérez-vous de procéder audit examen, le cas échéant?

[114] Il est difficile de prévoir ce qui pourrait arriver. Par exemple, on ne s'attendait pas à l'entrée en vigueur de la *LTRP* à ce que, peu de temps avant le début de l'examen quinquennal

(*LTRP*, article 41), la *LTRP* soit modifiée par le projet de loi omnibus sur le budget pour changer la structure de soutien du Tribunal et éliminer le pouvoir d'établir des règles régissant les attributions de son personnel.

[115] La *LTRP* devrait faire l'objet d'une révision périodique; le moment de son dixième anniversaire semble tout à fait indiqué.

[116] La *LTRP* est le résultat de l'effort historique commun du gouvernement du Canada et des Premières Nations. Le gouvernement doit garder cela à l'esprit lorsqu'il envisage d'apporter des modifications à cette loi. Tel était l'objet de l'article 41. Les Premières Nations n'ont pas été invitées à présenter des observations au sujet des modifications apportées à la *LTRP* par la *Loi sur le SCDATA*.

[117] Lorsqu'un projet de loi, omnibus ou autre, vise à apporter des modifications à la *LTRP*, nous vous suggérons de lancer un examen analogue à celui prévu à l'article 41, et ce, de manière conforme au principe de l'honneur de la Couronne.

Question 19 : Avez-vous des suggestions à formuler concernant d'autres questions liées à la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*?

[118] Voir, de façon générale, le présent document.

15 mai 2015

HARRY SLADE

L'honorable Harry Slade, c.r., président

ALISA LOMBARD

Alisa Lombard, B.S.Sc., LL.L., J.D., conseillère juridique

ANNEXE A

***LE TRIBUNAL DES REVENDICATIONS
PARTICULIÈRES***
APERÇU DU RECOURS EN CONTRÔLE JUDICIAIRE

APN : Rencontre sur les revendications particulières
4 mars 2014 – Vancouver (C.-B.)



Préparé par :

Alisa Lombard, B.S.Sc., LL.L., J.D.
Conseillère juridique, Tribunal des revendications particulières

I. INTRODUCTION

La rencontre porte sur toutes les étapes du processus de règlement des revendications particulières pour faciliter la documentation de l'examen quinquennal prévu à l'article 41 de la *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*¹ (*LTRP*).

La création du Tribunal des revendications particulières (le Tribunal) est le résultat de l'effort historique commun de l'Assemblée des Premières Nations et du gouvernement du Canada. Il s'agit d'un organisme indépendant de par sa nature même. Le Tribunal est chargé par la loi de statuer sur le bien-fondé des revendications particulières et sur les indemnités afférentes. Ses décisions sont définitives et ont l'autorité de la chose jugée. C'est justement la portée de ces caractéristiques qui nous amène à expliquer le mécanisme de contrôle judiciaire prévu par la *LTRP*, ses paramètres ainsi que son importance pratique.

II. LE DROIT DES FIDUCIES AU REGARD DES REVENDICATIONS PARTICULIÈRES

L'application du droit des fiducies aux revendications sous le régime de la *LTRP* comporte des difficultés pour les revendicatrices, pour la partie intimée et pour le Tribunal. Ce domaine du droit, dans son ensemble, est toujours en cours d'élaboration. L'article 14 de la *LTRP* établit les faits sur lesquels doivent reposer les revendications dont est saisi le Tribunal².

Suivant la *LTRP*, les revendications doivent démontrer l'inexécution d'une obligation légale pour donner lieu à une indemnisation. À ce jour, les revendications portent sur l'inexécution d'une obligation fiduciaire visant la violation d'une obligation légale relativement à l'un ou l'autre des faits énumérés à l'art 14 de la *LTRP*, qui, s'il était prouvé, permettrait d'établir le bien-fondé de

¹ *Loi sur le Tribunal des revendications particulières*, LC 2008, c 22.

² **14.** (1) Sous réserve des articles 15 et 16, la première nation peut saisir le Tribunal d'une revendication fondée sur l'un ou l'autre des faits ci-après en vue d'être indemnisée des pertes en résultant :

- a) l'inexécution d'une obligation légale de Sa Majesté liée à la fourniture d'une terre ou de tout autre élément d'actif en vertu d'un traité ou de tout autre accord conclu entre la première nation et Sa Majesté;
- b) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la *Loi sur les Indiens* ou de tout autre texte législatif — relatif aux Indiens ou les terres réservées pour les Indiens — du Canada ou d'une colonie de la Grande-Bretagne dont au moins une portion fait maintenant partie du Canada;
- c) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d'une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l'administration par Sa Majesté de terres d'une réserve, ou de l'administration par elle de l'argent des Indiens ou de tout autre élément d'actif de la première nation;
- d) la location ou la disposition, sans droit, par Sa Majesté, de terres d'une réserve;
- e) l'absence de compensation adéquate pour la prise ou l'endommagement, en vertu d'un pouvoir légal, de terres d'une réserve par Sa Majesté ou un organisme fédéral;
- f) la fraude, de la part d'un employé ou mandataire de Sa Majesté, relativement à l'acquisition, à la location ou à la disposition de terres d'une réserve (*LTRP*, art 14).

la revendication. Les obligations légales peuvent découler de la relation fiduciaire entre la Couronne et les Premières Nations, laquelle à son tour est tributaire du principe de l'honneur de la Couronne. Dans certaines circonstances, la relation fiduciaire donne lieu à des obligations fiduciaires.

Si le Tribunal reconnaît l'existence d'une obligation fiduciaire, il doit alors la définir eu égard aux circonstances. Par la suite, le Tribunal devra déterminer, conformément aux principes juridiques, si la Couronne a manqué à l'obligation visée. Avant de prendre une décision, le Tribunal doit procéder à l'examen fort complexe de l'ensemble des questions soulevées, des éléments de preuve et des plaidoiries présentés par la Première Nation revendicatrice et par la Couronne, qui est la partie intimée.

La *LTRP* prévoit l'application du droit des fiducies³. Si le Tribunal conclut que les principes fiduciaires ne s'appliquent pas aux faits propres à une revendication, ou s'il conclut que ces principes s'appliquent effectivement, mais qu'ils ne font pas l'objet d'une violation, le recours offert à la revendicatrice consiste à demander à la Cour d'appel fédérale le contrôle judiciaire de la décision. Le même recours est ouvert dans le cas où le Tribunal conclut à l'existence d'une obligation fiduciaire et au manquement à cette obligation et que l'intimé souhaite que l'affaire soit examinée par la Cour d'appel fédérale.

III. LE MÉCANISME DE CONTRÔLE JUDICIAIRE

Le contrôle judiciaire comporte l'examen des pouvoirs exécutifs, législatifs et judiciaires que la Constitution confère au gouvernement en regard du pouvoir légal des décideurs administratifs et judiciaires dans les domaines définis par la loi.

1. Le contrôle judiciaire n'est pas un appel

Contrairement au contrôle judiciaire, l'appel comprend un examen attentif de la décision contestée qui découle du pouvoir conféré par la loi ou de la compétence inhérente ou légale des cours supérieures, des cours d'appel ou des cours suprêmes. L'appel peut comporter le réexamen de l'ensemble du dossier ou l'examen par une cour d'instance supérieure visant à déterminer si l'auteur de la décision contestée a mal appliqué le droit; a tiré une conclusion de fait erronée; a outrepassé sa compétence; a abusé de ses pouvoirs; a fait preuve de partialité; et a tenu compte d'éléments de preuve qui n'auraient pas dû entrer en ligne de compte, ou a fait abstraction d'éléments de preuve qui auraient dû être pris en considération.

Le contrôle judiciaire permet à une cour d'instance supérieure d'examiner les conclusions de droit et de fait d'une cour d'instance inférieure ou d'un tribunal administratif. Le Tribunal des

³ 14. (1) Sous réserve des articles 15 et 16, la première nation peut saisir le Tribunal d'une revendication fondée sur l'un ou l'autre des faits ci-après en vue d'être indemnisée des pertes en résultant :

c) la violation d'une obligation légale de Sa Majesté découlant de la fourniture ou de la non-fourniture de terres d'une réserve — notamment un engagement unilatéral donnant lieu à une obligation fiduciaire légale — ou de l'administration par Sa Majesté de terres d'une réserve, ou de l'administration par elle de l'argent des Indiens ou de tout autre élément d'actif de la première nation; (*LTRP*, para 14(1)) [Non souligné dans l'original]

revendications particulières s'inscrit dans cette deuxième catégorie. Le contrôle judiciaire peut être prescrit par la loi, tout comme dans le cas de la *LTRP*.

Les pouvoirs dont dispose une cour de justice en matière de contrôle judiciaire sont plus limités. De manière générale, la cour de justice ne peut annuler la décision contestée que si le décideur a commis une erreur sur une question de droit, a omis d'appliquer les principes d'équité, a outrepassé la compétence conférée par la loi ou a rendu une décision déraisonnable.

Une partie, qu'elle soit une Première Nation revendicatrice ou le Canada, à titre d'intimé, qui fait l'objet d'une décision défavorable, peut présenter une demande de contrôle judiciaire dans les trente jours qui suivent la communication de la décision⁴.

Un aspect important du contrôle judiciaire porte sur la norme appliquée par la cour de révision pour évaluer la décision contestée. Le choix de la norme de contrôle dépend d'une multitude de facteurs et entraîne un large éventail de pouvoirs exercés par la cour de révision.

2. Les deux normes de contrôle judiciaire

Les deux (2) normes de contrôle judiciaire actuelles applicables sont celles de la décision correcte et de la décision raisonnable⁵.

La cour de révision qui applique la norme de la décision raisonnable doit faire preuve de déférence envers le décideur. La décision déraisonnable « n'est étayée par aucun motif capable de résister à un examen assez poussé »⁶. La décision n'est déraisonnable que si « aucun mode d'analyse, dans les motifs avancés, ne pouvait raisonnablement amener le tribunal, au vu de la preuve, à conclure comme il l'a fait »⁷.

La norme de la décision correcte s'applique lorsque la cour de révision doit faire preuve d'une déférence moins grande envers le décideur, voire aucune, selon le critère juridique applicable (l'approche fonctionnelle et pragmatique, dont il sera question ci-dessous). Lorsqu'elle n'est pas tenue de faire preuve de déférence, la cour de révision déterminera si la décision est correcte en droit, et peut substituer sa propre conclusion à celle du décideur. Voici les questions qui appellent, selon les tribunaux, l'application de la norme de la décision correcte :

- les questions touchant véritablement au droit constitutionnel et au partage des compétences⁸;
- les questions touchant véritablement à la compétence, consistant à savoir si le décideur a correctement exercé le pouvoir conféré par sa loi habilitante⁹;
- les questions de droit d'une importance capitale pour le système juridique dans son ensemble et étrangères au domaine d'expertise de l'arbitre¹⁰, suivant le volet relatif à l'« expertise » du critère énoncé dans l'arrêt *Pushpanathan*;

⁴ 34. (1) Les décisions du Tribunal sont susceptibles de révision judiciaire au titre de l'article 28 de la *Loi sur les Cours fédérales*. (*LTRP*), para 34(1)).

⁵ *Dunsmuir c Nouveau-Brunswick*, 2008 CSC 9, [2008] 1 RCS 190 [*Dunsmuir*].

⁶ *Canada (Directeur des enquêtes et recherches) c Southam Inc*, [1997] 1 RCS 748, au para 56 [*Southam*].

⁷ *Barreau du Nouveau-Brunswick c Ryan*, 2003 CSC 20, au para 55.

⁸ *Westcoast Energy Inc c Canada (Office national de l'énergie)*, [1998] 1 RCS 322, *Crevier c Québec*, [1981] 2 RCS 220.

⁹ *United Taxi Drivers' Fellowship of Southern Alberta c Calgary (Ville)*, 2004 CSC 19, [2004] 1 RCS 485.

- les questions concernant la délimitation des compétences respectives de tribunaux spécialisés concurrents¹¹.

a. Analyse relative à la norme de contrôle : l'approche fonctionnelle et pragmatique

Pour déterminer *la norme de contrôle applicable*, la Cour d'appel fédérale suit l'approche « fonctionnelle et pragmatique », laquelle repose sur les quatre (4) facteurs contextuels énoncés comme suit dans l'arrêt *Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*¹² :

1. la présence ou l'absence d'une clause privative ou d'un droit d'appel;
2. l'expertise du tribunal administratif par rapport à celle de la Cour d'appel fédérale relativement à la question en litige;
3. l'objet de la loi, dans son ensemble, et en particulier de la clause privative;
4. la nature de la question en cause (s'agit-il d'une question de droit, d'une question de fait ou d'une question mixte de fait et de droit?).

La clause privative est une disposition législative qui vise à écarter ou à limiter la compétence des cours d'instance supérieure en matière de contrôle judiciaire. Suivant la clause privative de la *LTRP*¹³, les décisions du Tribunal sont définitives et ont l'autorité de la chose jugée. L'interprétation que la Cour d'appel fédérale donne de la teneur du libellé de la clause privative a une incidence sur l'analyse relative au degré de déférence qu'elle accordera au décideur.

Le facteur le plus important à examiner pour déterminer la norme de contrôle applicable est l'expertise du tribunal¹⁴. Des facteurs comme les différents types d'expertise, l'expertise relative du tribunal et la façon d'établir l'expertise sont tous pertinents à cette étape de l'analyse. À cet égard, la Cour suprême du Canada a affirmé ce qui suit :

[...] une décision qui comporte jusqu'à un certain point l'exercice d'une expertise hautement spécialisée milite en faveur d'un degré élevé de retenue, et donc de la norme du caractère manifestement déraisonnable¹⁵ à l'une des extrémités de la gamme¹⁶.

L'analyse de la Cour d'appel fédérale de l'approche fonctionnelle et pragmatique et de la norme de contrôle applicable permettra en fin de compte de déterminer si la Cour doit faire preuve de déférence envers le Tribunal. Dans l'affirmative, c'est la norme de la décision raisonnable qui s'applique et, dans la négative, c'est la norme de la décision correcte.

¹⁰ *Toronto (Ville) c SCFP, section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 RCS 77, au para 62, le juge LeBel.

¹¹ *Regina Police Association c Regina (Ville) Police Commissioners*, 2000 CSC 14, [2000] 1 RCS 360.

¹² *Pushpanathan c Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 RCS 982 [*Pushpanathan*].

¹³ 34. (2) Sous réserve du paragraphe (1), les décisions du Tribunal ne sont pas susceptibles de révision, sont définitives et ont l'autorité de la chose jugée entre les parties dans tout recours pris devant une autre juridiction et découlant essentiellement des mêmes faits.

¹⁴ *Southam, supra*, note 6, au para 50.

¹⁵ Note : Dans l'arrêt *Dunsmuir*, la norme de la décision manifestement déraisonnable a été intégrée à celle de la décision raisonnable. Le manifestement déraisonnable ne constitue plus une norme de contrôle applicable en droit.

¹⁶ *Pushpanathan, supra*, note 12, au para 35.

Une décision rendue dans une situation donnée ne laisse pas présager une issue semblable dans tous les cas. Une fois que les principes fondamentaux en matière de contrôle judiciaire sont établis relativement au Tribunal, en particulier en ce qui a trait à son expertise, les parties comprendront mieux la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal sur les questions découlant du contrôle judiciaire. Les parties, tout comme le Tribunal, ont tout intérêt à mettre au clair ces questions.

IV. CONCLUSIONS

La très importante question de la norme de contrôle applicable aux décisions du Tribunal ne saurait être tranchée par ce dernier, mais par la Cour d'appel fédérale. Il s'agit donc de savoir si la Cour d'appel fédérale doit faire preuve de déférence à l'égard du Tribunal ou si les décisions du Tribunal sont strictement assujetties à la norme de la décision correcte¹⁷. La norme de contrôle applicable dépendra du type de question en litige. Par conséquent, la même norme de contrôle pourrait ne pas s'appliquer dans tous les cas.

Le recours en contrôle judiciaire entraîne des conséquences quant aux coûts et aux délais pour les deux parties. Il importe toutefois de souligner que le droit des fiducies et les pouvoirs conférés au Tribunal continuent d'évoluer selon les décisions du Tribunal et celles de la Cour d'appel fédérale en matière de contrôle judiciaire, au sujet de certaines questions de portée générale. Dans certains cas, le recours ultime sera présenté à Cour suprême du Canada. Les résultats, qu'ils soient obtenus en Cour d'appel fédérale ou, en dernier ressort, en Cour suprême du Canada, seront des précédents ayant force obligatoire quant à la norme de contrôle applicable aux décisions et quant à l'application du droit des fiducies en matière de revendications particulières.

Malheureusement, les procédures intentées par suite d'une décision du Tribunal, par la Première Nation revendicatrice ou par le Canada, à titre d'intimé, entraînent des coûts et des retards supplémentaires.

Compte tenu du rapprochement et du caractère définitif, il sera peut-être nécessaire, à cette étape préliminaire du parcours du Tribunal, que la cour de révision expose, de manière rigoureuse et exhaustive, le droit applicable en matière de revendications particulières tranchées par le TRP.

¹⁷ *Pour la position du Tribunal sur la norme de contrôle applicable, voir le mémoire des faits et du droit déposé à la Cour d'appel fédérale dans l'affaire Sa Majesté la Reine du chef du Canada c Première Nation de Kitselas et al. (CAF, dossier numéro T-107-13).*