

Gerald Brake (*appelant*)

c.

Le procureur général du Canada et la Fédération des Indiens de Terre-Neuve
(*intimés*)

RÉPERTORIÉ : BRAKE C. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)

Cour d'appel fédérale, juges Stratas, Laskin et Rivoalen, J.C.A.—Toronto, 18 mars;
Ottawa, 4 novembre 2019.

Pratique — Recours collectifs — Demandes de contrôle judiciaire et actions regroupées — Appel de la décision de la Cour fédérale refusant de convertir la demande de contrôle judiciaire de l'appelant en une action au titre de l'art. 18.4(2) de la Loi sur les Cours fédérales (Loi), et d'autoriser cette action comme recours collectif en application de la règle 334.16(1) des Règles des Cours fédérales (Règles) — L'appelant a contesté la décision du Canada de resserrer les conditions d'appartenance à la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et d'obtention du statut d'Indien sous le régime de la Loi sur les Indiens — Dans un accord conclu en 2008 (Agreement for the Recognition of the Qalipu Mi'kmaq Band), le Canada et la Fédération des Indiens de Terre-Neuve (intimés) ont reconnu à titre de bande la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et ses membres comme Indiens sous le régime de la Loi sur les Indiens — Un nombre élevé de personnes ont demandé l'appartenance à la bande — Les intimés ont par la suite modifié les critères d'appartenance et resserré les critères d'appartenance à la bande — Ils ont apporté ces changements dans le cadre de l'Accord supplémentaire en 2013, faisant valoir qu'ils étaient autorisés à le faire par l'Accord de 2008 — Les demandes d'inscription à la bande ont été évaluées à l'aide des nouveaux critères, plus stricts, adoptés dans l'Accord supplémentaire de 2013 — Un grand nombre des personnes qui étaient ou auraient été admissibles aux termes de l'Accord de 2008 ne l'étaient plus, notamment l'appelant — L'appelant a demandé le contrôle judiciaire du rejet de sa demande et des autres demandes d'inscription à la bande qui, selon lui, avaient été rejetées en application des critères de l'Accord supplémentaire de 2013 — Il a contesté la décision de conclure cet accord, invoquant un manquement à l'équité procédurale, l'absence de bonne foi et le caractère déraisonnable de la décision au fond — Devant la Cour fédérale, l'appelant a cherché à faire autoriser son instance individuelle comme recours collectif — Il a décidé de suivre une filière fondée sur Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) — L'appelant a donc sollicité une ordonnance visant à faire convertir sa demande de contrôle judiciaire en action au titre de l'art. 18.4 de la Loi sur les Cours fédérales — Il a aussi déposé une déclaration envisagée suivie d'une déclaration envisagée modifiée — La Cour fédérale a refusé d'examiner les déclarations envisagées; elle a refusé d'autoriser l'action de l'appelant à titre de recours collectif au motif que deux des cinq conditions n'étaient pas remplies — Il s'agissait de savoir si l'action et la demande de contrôle judiciaire envisagées, une fois réunies, rempliraient les conditions d'autorisation prévues à la règle 334.16; si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de l'appelant présentée en application de la règle 334.16 — La filière Tihomirovs repose sur une méprise quant à l'effet de l'ordonnance rendue aux termes de l'art. 18.4 de la Loi — Une ordonnance rendue aux termes de l'art. 18.4(2) ne convertit pas une demande en action, ne remplace pas un avis de demande par une déclaration, etc. — L'avis de demande demeure, en tout temps, l'acte introductif d'instance — Il était problématique que la décision de la Cour fédérale soit fondée sur une déclaration envisagée non délivrée déposée au soutien d'une requête en

autorisation présentée en application de la règle 334.16(1), et c'était contraire au texte de la règle 334.16(1) — Dans un tel cas, la déclaration envisagée non délivrée est nulle tant qu'elle n'est pas délivrée — L'arrêt Tihomirovs devait être modifié pour mieux cadrer avec les Règles — Plutôt que de convertir la demande en action, la Cour a assorti son ordonnance d'autorisation d'une condition permettant l'instruction de l'instance réunie comme s'il s'agissait d'une action — La Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de l'appelant présentée en application de la règle 334.16 — Elle a eu tort de considérer sa décision dans l'affaire Wells c. Canada (Procureur général) comme déterminante pour la demande de contrôle judiciaire de l'appelant et de supposer que toutes les réclamations de droit privé présentées dans l'action de l'appelant étaient prématurées — En raison de ces erreurs, la Cour fédérale n'a pas appliqué le bon critère à plusieurs étapes de l'analyse d'autorisation — Ainsi, la Cour fédérale a commis une erreur de droit lorsqu'elle a considéré que la décision Wells constituait la cause type qui liait l'appelant; lorsqu'elle a procédé sur ce fondement pour déterminer laquelle des réclamations de l'appelant avait une chance d'être accueillie; lorsqu'elle a omis de se demander si les réclamations en dommages-intérêts de l'appelant révélaient une cause d'action valable — L'action en dommages-intérêts ne pouvait être considérée comme étant prématurée — Les réclamations de droit public et les réclamations de droit privé peuvent être instruites simultanément — Quant au fond dans le cadre d'une requête en autorisation, la Cour fédérale se limitait à décider s'il était évident et manifeste que la cause d'action était vouée à l'échec; elle n'était pas autorisée à aller plus loin — La demande de l'appelant était conforme à la condition relative à la cause d'action valable énoncée à la règle 334.16(1)a) — En outre, la Cour fédérale a commis une erreur lorsqu'elle a conclu que la condition relative à l'existence d'un groupe identifiable énoncée à la règle 334.16(1)b) n'était pas remplie; elle a également omis d'appliquer le critère relatif aux questions communes énoncé à la règle 334.16(1)c) — En ce qui concerne le meilleur moyen, la Cour fédérale n'a pas tenu compte de l'objet des recours collectifs; elle a commis une erreur de droit lorsqu'elle a conclu qu'il serait préférable que les réclamations des membres du groupe soient jugées à l'aune de l'arrêt Wells comme cause type — L'appelant n'était pas lié par la décision de la Cour fédérale dans l'affaire Wells — Dans la présente affaire, un recours collectif favorisait l'économie des ressources judiciaires, la modification du comportement et l'accès à la justice — En outre, le représentant demandeur proposé pourrait représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe envisagé — Appel accueilli en partie.

Il s'agissait d'un appel de la décision de la Cour fédérale refusant de convertir la demande de contrôle judiciaire de l'appelant en une action au titre du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* (Loi), et d'autoriser cette action comme recours collectif en application du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales* (Règles). L'appelant a contesté la décision du Canada de resserrer les conditions d'appartenance à la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et d'obtention du statut d'Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Dans un accord conclu en 2008 [*Agreement for the Recognition of the Qalipu Mi'kmaq Band*], le Canada et la Fédération des Indiens de Terre-Neuve (intimés) ont reconnu à titre de bande la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et ses membres comme Indiens sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Un nombre élevé de personnes ont demandé l'appartenance à la bande, affirmant qu'elles répondaient aux critères d'appartenance énoncés dans l'Accord de 2008. En réponse, les intimés, préoccupés par le nombre élevé de demandes, ont resserré les critères d'appartenance à la bande. Ils ont apporté ces changements dans le cadre de l'Accord supplémentaire en 2013, faisant valoir qu'ils étaient autorisés à le faire par l'Accord de 2008. Par la suite, les demandes d'inscription à la bande ont été évaluées à l'aide des nouveaux critères, plus stricts, adoptés dans l'Accord supplémentaire de 2013, et non des critères prévus dans l'Accord de 2008, moins exigeants. Un grand nombre des personnes qui étaient ou auraient été admissibles aux termes de l'Accord de 2008 ne l'étaient plus, notamment l'appelant.

L'appelant a demandé le contrôle judiciaire du rejet de sa demande et des autres demandes d'inscription à la bande qui, selon lui, avaient été rejetées en application des critères de l'Accord

supplémentaire de 2013. Il a contesté la décision de conclure cet accord, invoquant un manquement à l'équité procédurale, l'absence de bonne foi et le caractère déraisonnable de la décision au fond. Il a cherché à obtenir, entre autres choses, une nouvelle décision concernant sa demande et les autres demandes sous le régime de l'Accord de 2008 au lieu de l'Accord supplémentaire de 2013 qui, selon lui, ne saurait être maintenu. Devant la Cour fédérale, l'appelant a cherché à faire autoriser son instance individuelle comme recours collectif. Sur le plan de la procédure, il a décidé de suivre une filière fondée sur *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*. Selon cette filière, l'appelant a sollicité une ordonnance [TRADUCTION] « visant à faire convertir sa demande de contrôle judiciaire en action » au titre de l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. À l'appui de sa requête, il a déposé une déclaration envisagée suivie d'une déclaration envisagée modifiée. La Cour fédérale a refusé d'examiner les déclarations envisagées et a refusé d'autoriser l'action de l'appelant à titre de recours collectif au motif que deux des cinq conditions n'étaient pas remplies. Elle a rejeté la requête de conversion de l'appelant.

Il s'agissait de savoir si l'action et la demande de contrôle judiciaire envisagées, une fois réunies, rempliraient les conditions d'autorisation prévues à la règle 334.16, et si la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de l'appelant présentée en application de la règle 334.16.

Arrêt : l'appel doit être accueilli en partie.

La règle 334.16(1) prévoit que les demandes de contrôle judiciaire et les actions peuvent être autorisées comme un recours collectif. Les Cours fédérales ont établi trois filières pour permettre aux plaideurs de solliciter simultanément des réparations de droit administratif à l'encontre d'une décision administrative et d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes causées par cette dernière. L'appelant a opté pour la filière *Tihomirovs*. La filière *Tihomirovs* repose sur une méprise quant à l'effet du paragraphe 18.4(2) de la Loi. En l'espèce, la Cour fédérale et les parties agissaient en fonction de cette méprise. Une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 18.4(2) ne « convertit » pas une demande en action, ne remplace pas un avis de demande par une déclaration ou n'exige pas qu'une partie dépose une déclaration avec l'avis de demande. L'avis de demande demeure, en tout temps, l'acte introductif d'instance. Il était problématique également que la décision de la Cour fédérale soit fondée sur une déclaration envisagée non délivrée déposée au soutien d'une requête en autorisation présentée en application de la règle 334.16(1). Dans un tel cas, la déclaration envisagée non délivrée est nulle tant qu'elle n'est pas délivrée. Pourtant, suivant la filière *Tihomirovs*, la requête en autorisation porte sur la déclaration envisagée non délivrée. C'est contraire au texte de la règle 334.16(1). Les parties n'ont pas suggéré de s'écarter de l'arrêt *Tihomirovs*. À défaut d'un argument précis à cet effet, l'arrêt *Tihomirovs* demeurait fondé en droit. Toutefois, il devait être modifié pour mieux cadrer avec les Règles. Selon cette filière révisée, rien n'était converti en action par le jeu du paragraphe 18.4(2) de la Loi. La Cour a plutôt assorti son ordonnance d'autorisation d'une condition permettant l'instruction de l'instance réunie comme s'il s'agissait d'une action.

La Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de l'appelant présentée en application de la règle 334.16. Elle a eu tort de considérer sa décision dans l'affaire *Wells c. Canada (Procureur général)* comme déterminante pour la demande de contrôle judiciaire de l'appelant et de supposer que toutes les réclamations de droit privé présentées dans l'action de l'appelant étaient prématurées. En raison de ces erreurs, la Cour fédérale n'a pas appliqué le bon critère à plusieurs étapes de l'analyse d'autorisation.

En ce qui concerne la cause d'action valable (le premier volet du critère d'autorisation), la Cour fédérale a conclu que la demande de contrôle judiciaire déposée par l'appelant était semblable sur le plan factuel à l'affaire *Wells* et soulevait les mêmes questions juridiques. Selon elle, la décision *Wells* constituait la cause type qui liait l'appelant et elle a procédé sur ce fondement pour déterminer

laquelle des réclamations de l'appelant avait une « chance d'être accueillie ». Elle a ainsi commis une erreur de droit. La décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Wells* avait un caractère persuasif et non exécutoire devant la Cour fédérale. La Cour fédérale aurait dû se demander si les actes de procédure de l'appelant révélaient une cause d'action valable. On ne peut dire que la demande de contrôle judiciaire, telle qu'elle a été plaidée, était vouée à l'échec. Il n'était pas évident et manifeste que l'appelant était irrecevable en sa demande en raison de la doctrine de la chose jugée, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou d'un abus de procédure ou que sa demande ne faisait état d'aucune cause d'action valable. Elle était conforme à la condition énoncée à l'alinéa 334.16(1)a des Règles. La Cour fédérale a jugé qu'il était prématuré de demander des dommages-intérêts et n'a pas déterminé s'il y avait une cause d'action valable. Il s'agissait d'une erreur de droit. L'action en dommages-intérêts ne pouvait être considérée comme étant prématurée; les réclamations de droit public et les réclamations de droit privé pouvaient être instruites simultanément. La Cour fédérale a conclu que l'action en dommages-intérêts était subordonnée au rejet des demandes d'inscription des membres du groupe en application des dispositions invalides de l'Accord supplémentaire de 2013 qui n'auraient pas été rejetées aux termes des dispositions de l'Accord de 2008. La Cour fédérale a ainsi appliqué la décision *Wells* et conclu que celle-ci permettait de trancher au fond la question de l'invalidité de l'Accord supplémentaire de 2013. Elle a commis une erreur de droit. Quant au fond dans le cadre d'une requête en autorisation, la Cour fédérale se limitait à décider s'il était évident et manifeste que la cause d'action était vouée à l'échec. Elle n'était pas autorisée à aller plus loin. En ce qui concerne le manquement à une obligation fiduciaire du Canada que l'appelant a invoqué, étant donné que l'obligation fiduciaire dans ce contexte constitue un domaine du droit qui évolue très rapidement, on ne pouvait affirmer qu'il était évident et manifeste que la réclamation portant sur l'obligation fiduciaire était vouée à l'échec.

L'appelant a affirmé que les critères d'appartenance différents prévus par l'Accord supplémentaire de 2013 allaient au-delà d'une simple distinction temporelle et entraînaient une discrimination fondée sur une caractéristique arbitraire, ce qu'interdisent les principes qui sous-tendent le paragraphe 15(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a fait valoir également un droit aux dommages-intérêts en indemnisation des atteintes aux droits garantis par l'article 15 de la Charte. Compte tenu de certaines décisions de la Cour suprême du Canada et de l'évolution constante de la jurisprudence sur l'article 15 et sur les dommages-intérêts en réparation de violations des droits garantis par la Charte, on ne pouvait dire que l'action en dommages-intérêts fondée sur cette disposition était vouée à l'échec. Enfin, l'appelant a invoqué les éléments constitutifs de l'enrichissement sans cause, et on ne pouvait dire que cette cause d'action était vouée à l'échec. La cause d'action valable exigée aux termes de l'alinéa 334.16(1)a des règles a été démontrée.

En ce qui concerne le groupe identifiable (le deuxième volet du critère d'autorisation) aux termes de l'alinéa 334.16(1)b des règles, la Cour fédérale a conclu que le groupe, en ce qui a trait à l'action en dommages-intérêts, ne pouvait être défini avec précision, et elle a dit être d'avis que le groupe était formé seulement de ceux dont la demande serait acceptée ou avait de fortes chances de l'être. Cette erreur a été aggravée par l'opinion de la Cour fédérale selon laquelle l'issue du litige dépendait elle-même de l'issue de l'affaire *Wells*. L'appelant a proposé un groupe défini comme étant « toutes les personnes dont la demande d'inscription à la bande Qalipu a été rejetée en application de l'Accord supplémentaire de 2013 ». Cette définition du groupe possédait un lien rationnel avec les questions communes. Elle ne dépendait pas de l'issue du litige. La condition relative à l'existence d'un groupe identifiable prévue à l'alinéa 334.16(1)b a été remplie.

En ce qui concerne les questions communes de droit et de fait (le troisième volet du critère d'autorisation) aux termes de l'alinéa 334.16(1)c des Règles, la Cour fédérale n'a pas appliqué le critère en l'espèce ni aucun des arrêts mentionnés. Elle a omis de procéder à l'analyse requise des points communs. Il s'agissait d'erreurs de droit justifiant une intervention. À la lumière du critère juridique applicable, les questions communes proposées par l'appelant ont satisfait à

l'alinéa 334.16(1)c) des Règles. Plus particulièrement, il existait des questions communes de droit et de fait, dont le règlement ferait progresser les réclamations individuelles des membres du groupe puisque ces réclamations individuelles partageaient un élément commun important. Les questions communes étaient importantes par rapport aux questions individuelles, et l'autorisation permettrait de réduire le risque de répétition de la recherche de faits ou de l'analyse juridique.

En ce qui concerne le meilleur moyen (le quatrième volet du critère d'autorisation) (alinéa 334.16(1)d) et paragraphe 334.16(2)) des Règles, la Cour fédérale n'a pas tenu compte de l'objet des recours collectifs. Elle a simplement accepté qu'il serait préférable que les réclamations des membres du groupe soient jugées à l'aune de l'arrêt *Wells* comme cause type, une conclusion qui ne tenait pas compte du critère applicable établi dans la jurisprudence en raison de présomptions erronées. Il s'agissait d'une erreur de droit. La Cour fédérale estimait qu'il serait préférable que l'appelant et les autres personnes se trouvant dans sa situation présentent de nouveau leur demande d'inscription afin qu'elle soit évaluée selon les modalités de l'Accord supplémentaire postérieures à la décision *Wells*. Toutefois, l'appelant et les autres membres du groupe seraient ainsi contraints à accepter que la décision *Wells* tranche leurs réclamations de droit public, ce qu'ils ont refusé. En droit, l'appelant n'était pas lié par la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Wells*. Dans la présente affaire, un recours collectif favorisait l'économie des ressources judiciaires, la modification du comportement et l'accès à la justice. Ces objectifs étaient bien servis en l'espèce par un recours collectif qui trancherait des questions communes importantes touchant plus de 80 000 personnes : le bien-fondé de l'Accord supplémentaire de 2013, l'existence d'une obligation fiduciaire et le manquement à celle-ci, l'application de la Charte et l'infraction à cette dernière, le recours pour enrichissement sans cause et l'action en dommages-intérêts. L'appelant a aussi soutenu à juste titre que, sans recours collectif, l'accès à la justice pour les parties était entravé d'obstacles importants.

En outre, le représentant demandeur proposé pourrait représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe envisagé, et cette dernière condition d'autorisation a été remplie.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 1, 15, 24.

Loi d'interprétation, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 33(2).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(4), 18.4, 52b)(i).

Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5.

Règles des Cours fédérales, DORS/98-106, règles 3, 105, 116, 117, 334.1, 334.11, 334.16, 334.17, 334.18a), 334.26, 334.27, 334.28.

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Agreement for the Recognition of the Qalipu Mi'kmaq Band, 30 novembre 2007.

Supplemental Agreement, 2013.

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISION APPLIQUÉE :

Wenham c. Canada (Procureur général), 2018 CAF 199.

DÉCISION DIFFÉRENCIÉE :

Wells c. Canada (Procureur général), 2018 CF 483 (en ce qui concerne les questions en litige).

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration), 2005 CAF 308, [2006] 2 R.C.F. 531; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949; *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476; *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228; *Davis et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2004 NLSCTD 153 (CanLII), 240 Nfld. & P.E.I.R. 21; *Attorney General (Canada) v. The Virginia Fontaine Memorial Treatment Centre Inc. et al.*, 2006 MBQB 85 (CanLII), 265 D.L.R. (4th) 577.

DÉCISIONS CITÉES :

Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3; *Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, 2003 CAF 45; *Bouchard c. Canada (Ministre de la défense nationale)*, 1998 CanLII 8626 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par 1999 CanLII 9105 (C.A.F.); *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585; *3488063 Canada Inc. c. Canada*, 2016 CAF 233; *Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc.*, 2016 CAF 209; *Coote c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143; *Bande indienne de Montana c. Canada*, [1999] A.C.F. n° 1631 (QL) (T.D.); *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44; *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328; *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175; *Del Zotto c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1995] A.C.F. n° 1359 (QL) (1^{re} inst.); *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205; *Keremelevski c. Église ukrainienne orthodoxe de Saint-Marie*, 2018 CAF 218; *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370; *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107, conf. par 2007 CAF 199, [2008] 1 R.C.F. 155; *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S. 342; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250; *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184; *Administration portuaire de St. John's c. Adventure Tours Inc.*, 2011 CAF 198; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1025; *Cloud v. Canada (Attorney General)*, 2004 CanLII 45444, 73 O.R. (3d) 401, 247 D.L.R. (4th) 667 (C.A.); *Bande indienne de Shubonacadie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 181, conf. par 2002 CAF 255; *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 1999 CanLII 687; *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28; *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494, 136 O.R. (3d) 81; *Dolmage v. Ontario*, 2010 ONSC 1726 (CanLII), 6 C.P.C. (7th) 168.

APPEL d'une décision de la Cour fédérale (2018 CF 484) refusant de convertir la demande de contrôle judiciaire de l'appelant en une action au titre du

paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, et d'autoriser cette action comme recours collectif en application du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*. Appel accueilli en partie.

ONT COMPARU :

Paul Vickery, David Rosenfeld et Robert Alfieri pour l'appelant.

Elizabeth Kikuchi et Sarah Sherhols pour l'intimé le procureur général du Canada.

Stephen J. May, c.r. pour l'intimée la Fédération des Indiens de Terre-Neuve.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Koskie Minsky LLP, Toronto, pour l'appelant.

La sous-procureure générale du Canada pour l'intimé le procureur général du Canada.

Cox & Palmer, St. John's, pour l'intimée la Fédération des Indiens de Terre-Neuve.

Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendu par

[1] LE JUGE STRATAS, J.C.A. : Dans le présent appel, M. Brake demande à la Cour d'annuler l'ordonnance rendue le 8 mai 2018 par la Cour fédérale (2018 CF 484). La Cour fédérale a refusé de convertir la demande de contrôle judiciaire de M. Brake en une action au titre du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et à autoriser cette action comme recours collectif en application du paragraphe 334.16(1) des *Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106 [Règles].

[2] De façon générale, M. Brake conteste la décision du Canada de resserrer les conditions d'appartenance à la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et d'obtention du statut d'Indien sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5.

[3] Pour les motifs qui suivent, j'accueillerais en partie l'appel et, rendant le jugement que la Cour fédérale aurait dû rendre, j'autoriserais la présente instance comme recours collectif.

A. Les faits

[4] Dans un accord conclu en 2008 [*Agreement for the Recognition of the Qalipu Mi'kmaq Band*], le Canada et la Fédération des Indiens de Terre-Neuve ont reconnu à titre de bande la Première Nation Qalipu Mi'kmaq et ses membres comme Indiens sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. L'Accord de 2008 prévoyait notamment l'établissement de critères d'appartenance à la bande, la mise sur pied d'un Comité d'inscription chargé d'évaluer les demandes d'inscription et la nomination d'un responsable des appels, chargé de se prononcer sur les décisions du Comité d'inscription.

[5] Un nombre étonnamment élevé de personnes ont demandé l'appartenance à la bande, affirmant qu'elles répondaient aux critères d'appartenance énoncés dans l'Accord de 2008. En réponse, le Canada et la Fédération, préoccupés par le nombre élevé de demandes, ont resserré les critères d'appartenance à la bande. Ils ont également supprimé le droit d'appel.

[6] Le Canada et la Fédération ont apporté ces changements dans le cadre de l'Accord supplémentaire de 2013 [Supplemental Agreement]. Ils ont fait valoir qu'ils étaient autorisés à le faire par l'Accord de 2008, plus précisément l'alinéa 2.15b), qui leur permet [TRADUCTION] « [d']apporter des corrections ou des modifications » afin de corriger « une erreur, une erreur manifeste ou une ambiguïté ».

[7] Par la suite, les demandes d'inscription à la bande ont été évaluées à l'aide des nouveaux critères, plus stricts, adoptés dans l'Accord supplémentaire de 2013, et non des critères prévus dans l'Accord de 2008, moins exigeants. Comme on pouvait s'y attendre, un grand nombre des personnes qui étaient ou auraient été admissibles aux termes de l'Accord de 2008 ne l'étaient plus.

[8] C'était le cas de l'appelant, M. Brake. Il a demandé le contrôle judiciaire du rejet de sa demande et des autres demandes d'inscription à la bande, qui, selon lui, avaient été rejetées en application des critères de l'Accord supplémentaire de 2013. Il conteste la décision de conclure cet accord. Il invoque un manquement à l'équité procédurale et l'absence de bonne foi et prétend que la décision est déraisonnable au fond. Il cherche à obtenir, entre autres choses, une nouvelle décision concernant sa demande et les autres demandes sous le régime de l'Accord de 2008 au lieu de l'Accord supplémentaire de 2013 qui, selon lui, ne saurait être maintenu.

[9] Devant la Cour fédérale, M. Brake a cherché à faire autoriser son instance individuelle comme recours collectif. Son objectif était d'obtenir à la fois des réparations relevant du droit administratif à l'encontre de la décision et des dommages-intérêts pour le préjudice causé par la décision. Sur le plan de la procédure, il a décidé de suivre une filière que je qualifie ci-après de filière *Tihomirovs* : *Tihomirovs c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2005 CAF 308, [2006] 2 R.C.F. 531.

[10] Selon cette filière, M. Brake a sollicité une ordonnance [TRADUCTION] « visant à faire convertir sa demande de contrôle judiciaire en action » au titre de l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Comme nous l'expliquons ci-après, ce n'est pas exactement la réparation accordée par ce paragraphe, en ce sens qu'il n'y a pas de « conversion ». Dans la même requête, M. Brake a demandé l'autorisation de son action à titre de recours collectif. À l'appui de sa requête, il a déposé une déclaration envisagée suivie d'une déclaration envisagée modifiée. Il a déposé ces documents pour donner une idée de la teneur des actes de procédure à la Cour fédérale si sa requête de « conversion » était accueillie.

B. La décision de la Cour fédérale

[11] La Cour fédérale a refusé d'examiner les déclarations envisagées, estimant que M. Brake les avait présentées à la Cour à un stade trop avancé dans l'instruction de la requête.

[12] La Cour fédérale a ensuite examiné la requête visant à faire autoriser l'action de M. Brake à titre de recours collectif. Elle a énoncé correctement les cinq conditions d'autorisation prévues au paragraphe 334.16(1) des Règles.

[13] La Cour fédérale a refusé d'autoriser l'action de M. Brake à titre de recours collectif. À son avis, deux des cinq conditions n'étaient pas remplies :

- La condition prévue à l'alinéa 334.16(1)b) relativement à l'existence d'un groupe identifiable n'était pas remplie puisque le groupe proposé par M. Brake n'était pas vérifiable. Selon la Cour fédérale (aux paragraphes 65 à 68), le groupe ne pouvait l'être qu'après le contrôle judiciaire.
- La condition prévue à l'alinéa 334.16(1)d), à savoir que le recours collectif soit le meilleur moyen de régler le litige, n'était pas remplie. La Cour fédérale estimait (aux paragraphes 73 et 74) qu'il était préférable que les questions soulevées dans le recours collectif envisagé soient tranchées dans le cadre d'une cause type. Selon la Cour fédérale, la cause type était *Wells c. Canada (Procureur général)*, 2018 CF 483. La Cour fédérale (sous la plume du même juge) a rendu la décision *Wells* le même jour où elle a rendu sa décision étayée de motifs dans l'affaire faisant l'objet du présent appel.

[14] Quant aux autres conditions d'autorisation, la Cour fédérale était disposée à accepter qu'elles fussent remplies. Selon elle, les réclamations de M. Brake fondées sur le droit privé étaient prématurées, mais il y avait « au moins une cause d'action valable » parmi ses réclamations de droit public (aux paragraphes 56 à 58). Certaines des questions communes étaient acceptables (aux paragraphes 69 et 70), et M. Brake et une autre personne, M. Collins, étaient considérés comme des représentants demandeurs convenables (aux paragraphes 75 à 77).

[15] La Cour fédérale a rejeté la requête de « conversion » présentée au titre de l'article 18.4 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Elle a invoqué l'arrêt *Tihomirovs* au soutien du principe selon lequel, si le motif de la conversion était d'étayer une demande d'autorisation d'un recours collectif et que l'autorisation était refusée, la conversion devrait aussi être refusée (aux paragraphes 48 à 51).

C. Analyse

1) Introduction

[16] Les décisions en matière d'autorisation rendues par la Cour fédérale sont souvent simples. Généralement, l'instance que l'on cherche à faire autoriser à titre de recours collectif est une seule action ou demande. La requête en autorisation vise à transformer l'action ou la demande en un recours collectif, rien de plus.

[17] Les principes de droit relatifs à l'autorisation des recours collectifs par les Cours fédérales sont raisonnablement simples. Les *Règles des Cours fédérales* énoncent cinq conditions d'autorisation au paragraphe 334.16(1). Ces conditions sont comparables à celles qui ont cours dans les provinces et ont récemment été examinées par la Cour dans l'arrêt *Wenham c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 199.

[18] L'arrêt *Wenham* a été rendu après la décision de la Cour fédérale en l'espèce. Il résume les jugements rendus par la Cour suprême du Canada qui font autorité en matière d'autorisation, notamment *Western Canadian Shopping Centres Inc. c. Dutton*, 2001 CSC 46, [2001] 2 R.C.S. 534; *Hollick c. Toronto (Ville)*, 2001 CSC 68, [2001] 3 R.C.S. 158; *Rumley c. Colombie-Britannique*, 2001 CSC 69, [2001] 3 R.C.S. 184; *AIC Limitée c. Fischer*, 2013 CSC 69, [2013] 3 R.C.S. 949 [Fischer]; et *Vivendi Canada Inc. c. Dell'Aniello*, 2014 CSC 1, [2014] 1 R.C.S. 3. Les parties ont convenu que l'arrêt *Wenham* résumait de manière précise l'état actuel du droit devant les Cours fédérales.

[19] De même, les appels à l'encontre des décisions en matière d'autorisation sont souvent relativement simples. La cour d'appel cherche une erreur de droit ou une erreur manifeste et dominante dans l'application du droit par la cour de première instance aux faits en l'espèce, rien de plus.

[20] Toutefois, l'affaire dont nous sommes saisis est plus complexe puisque M. Brake sollicite une réparation pour une décision administrative invalide et des dommages-intérêts en même temps, comme il est en droit de le faire. Il cherche à obtenir notamment l'annulation de la décision du Canada de conclure l'Accord supplémentaire de 2013 (une réparation en cas de décision administrative invalide) et à être indemnisé pour le préjudice causé par cette décision (dommages-intérêts). Une demande de contrôle judiciaire visant la décision du Canada et une déclaration envisagée en vue de l'indemnisation avaient été déposées devant la Cour fédérale.

[21] Les règles de droit applicables au contrôle judiciaire doublé d'une action sont inutilement complexes sur le plan procédural et engendrent de l'incertitude, non seulement au sein des Cours fédérales, mais aussi dans d'autres juridictions canadiennes. À mon avis, cette complexité et cette incertitude ont fait déraiper l'analyse en matière d'autorisation de la Cour fédérale, qui a alors commis une erreur de droit.

[22] La présente affaire nous offre l'occasion d'aider les parties, tant demanderesses que défenderesses, en cas de contrôle judiciaire doublé d'une action (qu'il s'agisse de recours individuels ou collectifs) et de prévenir la situation survenue en l'espèce en réduisant la complexité et les incertitudes dans ce domaine du droit. Ces complexités et incertitudes découlent de la jurisprudence établie en réaction à certains principes juridiques fondamentaux. Une légère modification permettra de les réduire à l'avenir.

2) Contrôle judiciaire doublé d'une action : principes juridiques fondamentaux

[23] Nous commençons notre analyse par deux principes fondamentaux. Normalement, les dommages-intérêts ne sont pas accordés à l'issue d'un contrôle

judiciaire. Les réparations relevant du droit administratif à l'encontre des décideurs administratifs, comme le *certiorari* et le *mandamus*, ne sont normalement pas ordonnées à l'issue d'une action.

[24] Ces principes découlent de notre histoire juridique. À une époque relativement ancienne, les ancêtres de ce qui sont devenus l'action et le contrôle judiciaire et des formes de tels recours relevaient de deux juridictions distinctes, soit les tribunaux de droit et les tribunaux d'équité. Il y a près d'un siècle et demi, ces juridictions ont été réunies, mais les échos de leur séparation résonnent encore aujourd'hui.

[25] Devant les Cours fédérales, comme devant la plupart, voire la totalité, des juridictions au Canada, l'action en dommages-intérêts et la demande de contrôle judiciaire sont encore assujetties à une procédure distincte : la partie 4 [règles 169 à 299] des *Règles des Cours fédérales* énonce les règles applicables aux actions, alors que la partie 5 [règles 300 à 334] établit les règles relatives aux demandes de contrôle judiciaire. De même, comme devant la plupart, sinon la totalité des juridictions canadiennes, des distinctions demeurent sur les plans du fond et des réparations entre les actions et les demandes de contrôle judiciaire.

[26] Dans le cas des Cours fédérales, l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et la jurisprudence qui porte sur cette disposition établissent les distinctions sur les plans du fond et des réparations :

- On ne peut obtenir de dommages-intérêts à l'issue du contrôle judiciaire d'une décision administrative. Les réparations dans ce cas se limitent aux réparations de droit administratif prévues au paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Cours fédérales*, comme l'injonction, le bref de *certiorari*, de *mandamus*, de prohibition ou de *quo warranto* et le jugement déclaratoire. Voir, par exemple, les arrêts *Al-Mhamad c. Canada (Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes)*, 2003 CAF 45; *Bouchard c. Canada (Ministre de la défense nationale)*, 1998 CanLII 8626 (C.F. 1^{re} inst.), conf. par 1999 CanLII 9105 (C.A.F.).
- Les réparations de droit administratif comme le *certiorari* et le *mandamus* ne sont accordées qu'à l'issue du contrôle judiciaire : *Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 18(3).
- Si aucune réparation de droit administratif n'est demandée, il est possible de solliciter, par voie d'action, des dommages-intérêts en réparation du préjudice causé par une décision administrative. Dans de telles circonstances, il n'est pas toujours nécessaire de présenter une demande de contrôle judiciaire distincte. Voir l'arrêt *Canada (Procureur général) c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585.

[27] À la Cour fédérale, comme devant la plupart, voire la totalité, des autres tribunaux au Canada, pour solliciter à la fois une réparation de droit administratif et des dommages-intérêts, il faut intenter deux instances distinctes : une demande de contrôle

judiciaire introduite par voie d'avis de demande et une action en dommages-intérêts introduite par voie de déclaration.

[28] Évidemment, la situation a une incidence sur l'accès à la justice. Il est déjà assez difficile pour un plaideur de mener une instance jusqu'au prononcé du jugement; en mener deux de front l'est deux fois plus. En outre, le risque de gaspillage des ressources judiciaires et de résultats contradictoires est réel.

[29] Heureusement, les Cours fédérales disposent d'outils qui permettent de remédier à la situation dans une certaine mesure. La règle 105, qui porte sur la faculté de réunir des instances, est utile à cet égard. Il permet d'instruire plusieurs instances comme s'il s'agissait d'une seule sur le plan de la procédure. Toutefois, en droit, chacune demeure une instance distincte, visant à obtenir une réparation distincte et assujettie à des règles de droit distinctes en fonction de la réparation sollicitée. Voir *3488063 Canada Inc. c. Canada*, 2016 CAF 233, aux paragraphes 50 à 53, et *Venngo Inc. c. Concierge Connection Inc.*, 2016 CAF 209, au paragraphe 9. Afin d'assurer le bon déroulement efficace des instances, la Cour peut ordonner la réunion de son propre chef : *Cootte c. Lawyers' Professional Indemnity Company*, 2013 CAF 143; *Bande indienne de Montana c. Canada* [1999] A.C.F. n° 1631 (QL) (C.A.).

[30] La règle 105 permet la réunion d'instances en tous genres. Une demande de contrôle judiciaire et une action en dommages-intérêts peuvent donc être réunies. Dans ce cas, l'ordonnance de réunion définit un seul jeu de règles de procédure auxquelles sera assujettie l'instruction des deux instances réunies. À l'issue de l'instance réunie, la Cour rend deux jugements : un pour la demande de contrôle judiciaire et un autre pour l'action. S'il y a lieu, chaque jugement ordonne la réparation prévue pour chaque type d'instance. Ainsi, le jugement rendu à l'issue du contrôle judiciaire accordera s'il y a lieu une réparation de droit administratif, alors que le jugement dans l'action adjugera s'il y a lieu des dommages-intérêts.

3) Une demande de contrôle judiciaire et une action réunies peuvent-elles être converties en recours collectif?

[31] Le paragraphe 334.16(1) des Règles prévoit qu'une « instance » peut être autorisée comme un « recours collectif ». Une demande de contrôle judiciaire réunie à une action constitue-t-elle une « instance » susceptible d'être convertie en recours collectif au titre du paragraphe 334.16(1)? Oui.

[32] Il s'agit d'une question d'interprétation qui nous oblige à examiner le texte, le contexte et l'objet des *Règles des Cours fédérales* : voir *Williams c. Canada (Sécurité publique et Protection civile)*, 2017 CAF 252, [2018] 4 R.C.F. 174, aux paragraphes 41 à 52 ; *Hillier c. Canada (Procureur général)*, 2019 CAF 44, aux paragraphes 18 à 29 et *Canada c. Cheema*, 2018 CAF 45, [2018] 4 R.C.F. 328, aux paragraphes 73 à 75.

[33] Les *Règles des Cours fédérales* ne définissent pas le mot « instance ». Toutefois, le sens ordinaire de ce mot est suffisamment large pour englober une demande, une action et la réunion des deux. Littéralement, le mot « instance » est

singulier, mais comme le singulier englobe le pluriel, « instance » pourrait désigner plusieurs types d'instances : *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, paragraphe 33(2).

[34] Suivant la règle 334.1, le recours collectif « s'applique aux actions et aux demandes, à l'exclusion des demandes de contrôle judiciaire présentées en vertu de l'article 28 de la Loi ». La règle 334.11 précise également que, généralement, « [l]es règles applicables aux actions ou aux demandes [...] s'appliquent aux recours collectifs ». Comme je le signale plus haut, l'alinéa 105a) des Règles permet à la Cour de réunir une action et une demande, de sorte que les deux ne fassent qu'une pour l'application des Règles. Étant donné qu'une action et une demande réunies sont traitées comme une seule instance pour l'application de la règle 334.16, il ressort de l'analyse du texte et du contexte de cette disposition qu'une instance réunie peut être autorisée comme un recours collectif.

[35] Quant à l'analyse téléologique, l'interprétation selon laquelle la réunion d'une action et d'une demande constitue une « instance » au sens où il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 334.16(1) des Règles est conforme aux objectifs reconnus du recours collectif : la modification des comportements, l'économie des ressources judiciaires et l'accès à la justice (*Wenham*, au paragraphe 78). Restreindre l'interprétation du mot « instance » aurait pour effet de compliquer indûment les choses, en érigeant des obstacles procéduraux inutiles à l'exercice de droits substantiels, ce qui serait contraire à ces objectifs (voir *Fischer*, au paragraphe 34).

[36] J'ajoute que la jurisprudence sur la réunion d'instances prévue à la règle 105 ne fait pas obstacle à la réunion d'un recours collectif introduit par voie de demande de contrôle judiciaire et d'un recours collectif introduit par voie d'action, ce qui est essentiellement pareil.

4) Autorisation comme recours collectif d'une instance réunie (demande de contrôle judiciaire et action) : trois filières reconnues dans la jurisprudence

[37] Au fil des ans, les Cours fédérales ont établi trois filières pour permettre aux plaideurs de solliciter simultanément des réparations de droit administratif à l'encontre d'une décision administrative et d'obtenir des dommages-intérêts pour les pertes causées par cette dernière. Un recours collectif est possible dans tous les cas :

- *La filière Hinton*. Une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir une réparation de droit administratif est introduite. Une action distincte en dommages-intérêts à l'encontre de la faute administrative est également intentée. Les deux instances sont réunies. Si on le désire, l'autorisation de l'instance réunie en tant que recours collectif peut être demandée aux termes du paragraphe 334.16(1) des Règles. Voir *Hinton c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2008 CAF 215, [2009] 1 R.C.F. 476, et *Meggesson c. Canada (Procureur général)*, 2012 CAF 175, aux paragraphes 36 à 40; voir également *Del Zotto c. Canada (ministre du Revenu national – M.R.N.)*, [1995] A.C.F. n° 1359 (QL) (1^{re} inst.).

- *La filière Paradis Honey.* Une action est intentée. La déclaration introductive d'instance énumère à la fois des réparations de droit administratif et des dommages-intérêts sollicités en réparation de la faute administrative. Toutefois, ces derniers sont sollicités comme recours de droit public pour décision déraisonnable ou invalide. *Paradis Honey Ltd. c. Canada (Procureur général)*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446; voir également les décisions de la Cour suprême mentionnées au paragraphe 131 de l'arrêt *Paradis Honey*, selon lesquelles cette filière a été autorisée dans d'autres contextes. Le raisonnement qui sous-tend cette filière est que l'acte de procédure agit comme une action et une demande réunies dès le départ, de sorte qu'il n'y a pas dérogation au paragraphe 18(3) de la *Loi sur les Cours fédérales*. Si on le désire, l'autorisation de l'instance en tant que recours collectif peut être demandée sous le régime du paragraphe 334.16(1) des Règles.
- *La filière Tihomirovs.* Une demande de contrôle judiciaire visant à obtenir des réparations de droit administratif est introduite. Une requête en vue de faire instruire la demande de contrôle judiciaire comme une action au titre du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* est déposée. Le plaideur présente ensuite une requête en vue d'obtenir l'autorisation du recours collectif en application du paragraphe 334.16(1) des Règles. À l'appui de la requête en autorisation, une déclaration envisagée est déposée, qui énumère à la fois les réparations de droit administratif et les dommages-intérêts sollicités. La Cour tranche les requêtes simultanément.

[38] En l'espèce, M. Brake a opté pour la filière *Tihomirovs*. Cette décision explique la nature inhabituelle des actes de procédure déposés à la Cour fédérale dans le cadre de la requête en autorisation : une demande de contrôle judiciaire, une déclaration envisagée et une déclaration envisagée modifiée.

[39] La filière *Tihomirovs* comporte deux inconvénients : une méconnaissance de l'effet d'une ordonnance rendue aux termes de l'article 18.4 et le fait que la décision de la Cour fédérale est fondée sur une déclaration envisagée.

[40] Premièrement, la filière *Tihomirovs* semble incarner l'idée erronée selon laquelle, si une ordonnance est rendue aux termes du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* afin qu'une demande de contrôle judiciaire « soit instruite comme s'il s'agissait d'une action », le demandeur doit déposer une déclaration comme acte introductif d'instance pour la « nouvelle » instance convertie. Cependant, cette obligation n'existe pas puisqu'un acte introductif d'instance a déjà été déposé : l'avis de demande.

[41] Cette confusion quant aux documents traduit la préoccupation fondamentale que suscite la filière *Tihomirovs* : si l'action finit par être autorisée, qu'advient-il de la demande? Il semblerait que, suivant cette filière, seule l'action est autorisée. Toutefois, la demande ne peut traîner éternellement : *Sharif c. Canada (Procureur général)*, 2018 CAF 205, au paragraphe 55; *Keremelevski c. Église ukrainienne orthodoxe de*

Sainte-Marie, 2018 CAF 218, au paragraphe 9. Il faut qu'il lui arrive quelque chose. La filière *Tihomirovs*, telle qu'elle est formulée actuellement, n'aborde pas cette question.

[42] La filière *Tihomirovs* repose sur une méprise quant à l'effet du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*. En l'espèce, la Cour fédérale et les parties agissaient en fonction de cette méprise. Elles ont parlé de la requête de M. Brake visant à faire « convertir la demande en action ». Or, le paragraphe 18.4(2) n'a pas pour effet de convertir quoi que ce soit. Tout ce qu'il emporte, c'est que les règles applicables aux actions peuvent alors être appliquées à la demande. Voir *Canada (Commission des droits de la personne) c. Nation crie de Saddle Lake*, 2018 CAF 228, aux paragraphes 23 à 26.

[43] Une ordonnance rendue aux termes du paragraphe 18.4(2) ne « convertit » pas une demande en action, ne remplace pas un avis de demande par une déclaration ou n'exige pas qu'une partie dépose une déclaration avec l'avis de demande. L'avis de demande demeure, en tout temps, l'acte introductif d'instance. La Cour, aux paragraphes 23 à 26 de l'arrêt *Saddle Lake*, s'exprime ainsi :

Le paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la demande de contrôle judiciaire doit être « instruite comme s'il s'agissait d'une action ». Elle n'est pas suspendue. Elle n'est pas remplacée par une nouvelle action. L'avis de demande ne doit pas être remplacé par une déclaration. Après tout, les recours que permet le contrôle judiciaire ne peuvent être exercés que dans le cadre d'une demande de contrôle judiciaire (*Loi sur les Cours fédérales*, paragraphe 18(3)).

Le paragraphe 18.4(2) a un effet purement procédural et n'agit pas sur le fond du litige. L'acte introductif d'instance demeure l'avis de demande. Le droit applicable concerne toujours le contrôle judiciaire. Une fois rendue l'ordonnance prévue au paragraphe 18.4(2), les règles relatives aux actions peuvent s'appliquer à l'instruction de la demande.

L'ordonnance rendue en vertu du paragraphe 18.4(2) devrait préciser en quoi la demande sera instruite comme une action. Elle pourrait permettre des interrogatoires préalables, prévoir des requêtes en jugement sommaire et préciser la date de l'audience. Elle pourrait autoriser la modification des motifs de contrôle dans l'avis de demande. Comme la procédure relative aux actions s'applique, des modifications étayant une réclamation pour dommages-intérêts en droit public pourraient être autorisées (*Paradis Honey c. Canada*, 2015 CAF 89, [2016] 1 R.C.F. 446).

En l'espèce, la Cour fédérale n'aurait jamais dû suspendre la demande de contrôle judiciaire. Elle n'aurait jamais dû autoriser une nouvelle action. *Saddle Lake* n'aurait jamais dû tenter une nouvelle action.

[44] Deuxièmement, il est problématique que la décision de la Cour soit fondée sur une déclaration envisagée non délivrée déposée au soutien d'une requête en

autorisation présentée en application du paragraphe 334.16(1) des Règles. Dans un tel cas, la déclaration envisagée non délivrée est nulle tant qu'elle n'est pas délivrée. Pourtant, suivant la filière *Tihomirovs*, la requête en autorisation porte sur la déclaration envisagée non délivrée. C'est contraire au texte du paragraphe 334.16(1) des Règles, qui prévoit l'autorisation d'une instance existante, et non d'une instance envisagée.

[45] Dans l'affaire *Tihomirovs*, l'analyse de la Cour semble avoir porté sur la question de savoir si la déclaration envisagée et la demande satisfaisaient ensemble aux conditions d'autorisation, comme si la première avait été délivrée et que les deux avaient été réunies. Toutefois, la déclaration envisagée ne constitue pas un acte introductif d'instance délivré et, même si elle l'était, aucune requête en réunion d'instances n'avait été présentée.

[46] Devant nous, les parties n'ont pas suggéré de s'écarter de l'arrêt *Tihomirovs*. À défaut d'un argument précis à cet effet, l'arrêt *Tihomirovs* demeure fondé en droit : *Miller c. Canada (Procureur général)*, 2002 CAF 370. Pourtant, comme l'illustrent les réserves exprimées plus haut, l'arrêt *Tihomirovs* cadre mal avec la *Loi sur les Cours fédérales*, les *Règles des Cours fédérales* et la jurisprudence qui porte sur ces dernières. La filière *Tihomirovs* doit être modifiée à la lumière de ces réserves pour mieux cadrer avec les *Règles des Cours fédérales*.

[47] Suit la filière *Tihomirovs* révisée cadrant mieux avec les *Règles des Cours fédérales* :

- La Cour devrait considérer la déclaration envisagée comme finale et déposée.
- La Cour devrait décider si l'action et la demande de contrôle judiciaire, une fois réunies, rempliraient les conditions d'autorisation prévues à la règle 334.16.
- Si oui, l'ordonnance d'autorisation de la Cour devrait commencer par régulariser et simplifier les choses : elle devrait exiger qu'à bref délai, la déclaration envisagée soit déposée en bonne et due forme, que l'action soit réunie avec la demande et que l'instance réunie soit instruite comme s'il s'agissait d'une action.
- L'ordonnance d'autorisation devrait alors énoncer les éléments prévus à la règle 334.17.

[48] Selon cette filière révisée, la demande n'est pas convertie en action par le jeu du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, ce qui est conforme à la jurisprudence de la Cour : voir *Saddle Lake*. La Cour assortit plutôt son ordonnance d'autorisation d'une condition permettant l'instruction de l'instance réunie comme s'il s'agissait d'une action. Ainsi, sur le plan de la procédure, la requête en conversion de la demande en action en application du paragraphe 18.4(2) de la *Loi sur les Cours fédérales* devrait être rejetée en l'espèce.

[49] En fin de compte, la filière *Tihomirovs* révisée place les plaideurs dans la même position, essentiellement, que si les filières *Hinton* ou *Paradis Honey* avaient été suivies.

[50] À l'avenir, pour les parties comme M. Brake (qui cherchent à faire autoriser un recours collectif en demandant à la fois l'invalidation d'une décision administrative et des dommages-intérêts pour une décision administrative fautive), il pourrait être avisé de suivre soit la filière *Hinton*, soit la filière *Paradis Honey*. Elles semblent plus commodes et plus faciles à gérer sous le régime des Règles. La filière *Paradis Honey* est la plus simple des deux.

5) Requête en autorisation de M. Brake

[51] À la lumière de la filière *Tihomirovs* révisée, passons à l'évaluation de la décision de la Cour fédérale. Notre Cour doit déterminer si l'action et la demande de contrôle judiciaire envisagées, une fois réunies, rempliraient les conditions d'autorisation prévues à la règle 334.16. La Cour fédérale a-t-elle commis des erreurs susceptibles de révision en répondant par la négative à cette question?

[52] Je conclus que la Cour fédérale a commis une erreur en rejetant la requête en autorisation de M. Brake présentée en application de la règle 334.16. La Cour fédérale a eu tort de considérer sa décision dans l'affaire *Wells* comme déterminante pour la demande de contrôle judiciaire de M. Brake et de supposer que toutes les réclamations de droit privé présentées dans l'action de M. Brake étaient prématurées. En raison de ces erreurs, la Cour fédérale n'a pas appliqué le bon critère à plusieurs étapes de l'analyse d'autorisation.

[53] La Cour peut intervenir et décider si l'instance de M. Brake doit être autorisée : *Loi sur les Cours fédérales*, sous-alinéa 52b)(i). C'est ce qu'elle fera.

a) Cause d'action valable (alinéa 334.16(1)a) des Règles)

[54] Conformément à ce critère, la partie qui demande l'autorisation n'a qu'à démontrer que la cause d'action n'est pas vouée à l'échec. En d'autres termes, il ne doit pas être « manifeste et évident » que la cause d'action invoquée échouera : voir *Wenham*, aux paragraphes 22 à 31, et les arrêts de la Cour suprême qui y sont mentionnés.

[55] La Cour fédérale a divisé les questions en deux catégories : les questions de droit public et les questions de droit privé. La première concernait le contrôle judiciaire; la seconde, les dommages-intérêts sollicités.

[56] La Cour fédérale a conclu que la demande de contrôle judiciaire déposée par M. Brake était semblable sur le plan factuel à l'affaire *Wells* et soulevait « les mêmes questions juridiques » (au paragraphe 3). De l'avis de la Cour fédérale, la demande de M. Brake était essentiellement réglée au fond et il n'était pas nécessaire d'examiner ses réclamations (au paragraphe 57). Selon elle, la décision *Wells* constituait la cause type qui liait M. Brake. Elle a donc procédé sur ce fondement pour déterminer laquelle des

réclamations de M. Brake avait une « chance d'être accueillie ». Elle a ainsi commis une erreur de droit.

[57] La décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Wells* a un caractère persuasif et non exécutoire : *Apotex Inc. c. Allergan Inc.*, 2012 CAF 308; *Benitez c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, 2006 CF 461, [2007] 1 R.C.F. 107, aux paragraphes 33 à 35, conf. par 2007 CAF 199, [2008] 1 R.C.F. 155. Elle ne lie aucunement notre Cour ou la Cour suprême : *R. c. Comeau*, 2018 CSC 15, [2018] 1 R.C.S 342, au paragraphe 26; *Apotex Inc. c. Pfizer Canada Inc.*, 2014 CAF 250, au paragraphe 114. M. Brake n'a pas consenti à ce que ses réclamations soient tranchées par la décision *Wells* en tant que « cause type ». Il n'a pas non plus eu l'occasion de présenter des observations ou des éléments de preuve dans l'affaire *Wells*. La Cour fédérale aurait dû se demander si les actes de procédure de M. Brake révélaient une cause d'action valable.

[58] La décision *Wells* est fondée sur le dossier de preuve déposé et sur les réparations sollicitées dans cette affaire. En l'espèce, le groupe prévoit présenter un dossier de preuve différent à la Cour pour étayer des réparations différentes. Par exemple, il souhaite examiner la question de la fin illégitime à l'aide des outils que lui offre l'action, en particulier l'interrogatoire préalable. Pendant la plaidoirie, en réponse à une question de la Cour, le procureur général a admis que l'argument de la fin illégitime était valable et que la question ne serait pas interdite au motif qu'elle constitue une recherche à l'aveuglette comme dans des arrêts comme *Merchant Law Group c. Canada Agence du revenu*, 2010 CAF 184, et *Administration portuaire de St. John's c. Adventure Tours Inc.*, 2011 CAF 198. Si un dossier de preuve différent est présenté à la Cour, un résultat différent de celui de l'affaire *Wells* est possible : *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2007 CF 1025, au paragraphe 62.

[59] On ne peut dire que la demande de contrôle judiciaire, telle qu'elle a été plaidée, est vouée à l'échec. Il n'est pas évident et manifeste que M. Brake est irrecevable en sa demande en raison de la doctrine de la chose jugée, de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée ou d'un abus de procédure ou que sa demande ne fait état d'aucune cause d'action valable. Elle est conforme à la condition énoncée à l'alinéa 334.16(1)a) des Règles.

[60] La Cour fédérale a jugé qu'il était prématuré de demander des dommages-intérêts et n'a pas déterminé s'il y avait une cause d'action valable (au paragraphe 58). Ailleurs, elle a conclu « qu'une décision doit être rendue à l'égard des réparations de droit public qui ont été demandées avant l'examen des réclamations fondées sur le droit privé, car c'est à ce moment-là seulement que le groupe de membres ayant une réclamation fondée sur le droit privé sera identifiable » (au paragraphe 68).

[61] Il s'agit d'une erreur de droit. L'action en dommages-intérêts ne saurait être considérée comme prématurée. Comme on peut le constater dans les arrêts *Tihomirovs*, *Hinton*, *Del Zotto*, *Paradis Honey* et de nombreux autres, les réclamations de droit public et les réclamations de droit privé peuvent être instruites simultanément. De plus, la Cour suprême a mentionné qu'il n'était pas toujours nécessaire de présenter

une demande de contrôle judiciaire avant d'intenter une action en dommages-intérêts : *Canada c. TeleZone Inc.*, 2010 CSC 62, [2010] 3 R.C.S. 585, aux paragraphes 23, 30, 76 et 78.

[62] Étant donné que l'action en dommages-intérêts était à son avis prématurée, la Cour fédérale a conclu qu'elle était subordonnée au rejet des demandes d'inscription des membres du groupe en application des dispositions invalides de l'Accord supplémentaire de 2013 qui n'auraient pas été rejetées aux termes des dispositions de l'Accord de 2008 (au paragraphe 71). La Cour fédérale a conclu que la décision *Wells* permettait de trancher au fond la question de l'invalidité de l'Accord supplémentaire de 2013.

[63] Elle a ainsi commis une erreur de droit. La Cour fédérale a porté son attention sur le fond de l'affaire et sur les circonstances individuelles de chaque membre du groupe, contrairement à la démarche adoptée par la Cour suprême dans l'arrêt *Rumley* (aux paragraphes 31 et 32) et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Cloud v. Canada (Attorney General)*, 2004 CanLII 45444, 73 O.R. (3d) 401, 247 D.L.R. (4th) 667, au paragraphe 61. Dans ces affaires, la question de savoir si des délits avaient été commis avait été autorisée comme question commune, même si les questions de causalité et de préjudice devaient quand même être tranchées sur une base individuelle.

[64] Quant au fond, lorsqu'elle est appelée à se prononcer sur une requête en autorisation, la Cour se limite à décider s'il est évident et manifeste que la cause d'action est vouée à l'échec. Elle n'est pas autorisée à aller plus loin.

[65] Dans sa déclaration envisagée modifiée, M. Brake invoque un manquement à une obligation fiduciaire. Il affirme que l'honneur de la Couronne obligeait le Canada à agir dans l'intérêt supérieur des bénéficiaires présumés au moment de négocier les conditions d'appartenance à la bande étant donné qu'il savait que la Fédération des Indiens de Terre-Neuve ne représentait pas tous ceux qui seraient admissibles et que l'Accord de 2008 n'exigeait aucune ratification autre que celle des membres de la Fédération des Indiens de Terre-Neuve. M. Brake fait valoir que le Canada avait dès lors l'obligation fiduciaire de veiller à ce que les intérêts qu'il avait cernés lors de la négociation de l'Accord de 2008 n'étaient pas considérablement érodés par l'Accord supplémentaire de 2013, qui n'exigeait aucune ratification. Selon lui, des intérêts importants étaient en jeu pour les intéressés : l'acceptation et la reconnaissance de leur patrimoine culturel et de leurs racines autochtones par le gouvernement fédéral et le droit aux programmes et aux avantages offerts par le Canada aux termes de l'Accord de 2008 ou de la *Loi sur les Indiens*.

[66] Étant donné que l'obligation fiduciaire dans ce contexte constitue un domaine du droit qui évolue très rapidement et que, [TRADUCTION] « lorsque les domaines de l'obligation fiduciaire et du droit autochtone se recoupent, le fardeau est particulièrement lourd pour le défendeur qui cherche à faire radier un acte de procédure », on ne peut affirmer qu'il est évident et manifeste que la réclamation portant sur l'obligation fiduciaire est vouée à l'échec : *Bande indienne de Shubonacadie*

c. Canada (Procureur général), 2001 CFPI 181, [2001] A.C.F. n° 347 (QL) (T.D.), aux paragraphes 5 et 6, conf. par 2002 CAF 255; *Davis et al. v. Canada (Attorney General) et al.*, 2004 NLSCTD 153 (CanLII), 240 Nfld. & P.E.I.R. 21, aux paragraphes 10 et 11; *Attorney General (Canada) v. The Virginia Fontaine Memorial Treatment Centre Inc. et al.*, 2006 MBQB 85 (CanLII), 265 D.L.R. (4th) 577, aux paragraphes 44 à 46.

[67] M. Brake affirme que les critères d'appartenance différents prévus par l'Accord supplémentaire de 2013 vont au-delà d'une simple distinction temporelle et entraînent une discrimination fondée sur une caractéristique arbitraire, ce qu'interdisent les principes qui sous-tendent le paragraphe 15(1) de la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*]. L'égalité réelle peut être niée par l'imposition d'un désavantage injuste ou répréhensible : *Québec (Procureur général) c. A*, 2013 CSC 5, [2013] 1 R.C.S. 61, aux paragraphes 180 et 201. M. Brake fait valoir que les distinctions créées par l'Accord supplémentaire de 2013 perpétuent le désavantage historique subi par de nombreux peuples autochtones, en particulier ceux qui sont moins bien informés ou ne suivent pas de près les progrès des négociations menées par le gouvernement concernant leur patrimoine. Selon lui, deux groupes distincts ont été créés chez les Mi'kmaq : ceux dont la déclaration volontaire a été acceptée simplement parce qu'ils ont présenté une demande, et ceux qui ont été obligés de se conformer à des critères plus stricts et arbitraires qui ont dévalué leurs revendications d'ascendance autochtone et perpétué le désavantage historique dont ils ont été victimes. Il ajoute que la distinction entre résidents et non-résidents dans l'Accord supplémentaire de 2013, qui est fondée sur l'« autochtonité-lieu de résidence » d'une personne, est discriminatoire et contraire au paragraphe 15(1) de la Charte : *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203, 1999 CanLII 687. Je ne suis pas persuadé qu'il est évident et manifeste que ces allégations sont vouées à l'échec.

[68] M. Brake fait également valoir un droit aux dommages-intérêts en indemnisation des atteintes aux droits garantis par l'article 15 de la Charte et invoque à cet effet l'arrêt *Vancouver (Ville) c. Ward*, 2010 CSC 27, [2010] 2 R.C.S. 28. Compte tenu des décisions de la Cour suprême du Canada dans les arrêts *Québec (Procureur général) c. A*, *Corbiere* et *Ward*, et compte tenu de l'évolution constante de la jurisprudence sur l'article 15 et sur les dommages-intérêts en réparation de violations des droits garantis par la Charte, on ne peut dire que l'action en dommages-intérêts fondée sur cette disposition est vouée à l'échec.

[69] Enfin, M. Brake a invoqué les éléments constitutifs de l'enrichissement sans cause, et on ne saurait dire que cette cause d'action est vouée à l'échec. Selon sa thèse, le Canada a profité du rejet injustifié de milliers de demandes d'inscription à la bande, les membres du groupe ont été privés de l'appartenance et des avantages connexes et — à supposer l'invalidité de l'Accord supplémentaire de 2013 il n'existe aucun motif juridique justifiant l'enrichissement et la perte correspondante.

[70] À mon avis, la cause d'action valable exigée aux termes de l'alinéa 334.16(1)a des Règles a été démontrée. Je n'exprime aucune opinion sur le bien-fondé des allégations de M. Brake. Le critère prévu à l'alinéa 334.16(1)a des Règles est un critère peu exigeant et il y a été satisfait.

b) Groupe identifiable (alinéa 334.16(1)b des Règles)

[71] Pour ce volet du critère, tout ce qu'il faut, c'est « un certain fondement factuel » à l'appui d'une définition objective du groupe qui a un lien rationnel avec les questions communes et qui ne dépend pas de l'issue du litige : *Wenham*, au paragraphe 69, citant *Dutton*, au paragraphe 38 et *Hollick*, aux paragraphes 19 et 25.

[72] La Cour fédérale a conclu que le groupe, en ce qui a trait à l'action en dommages-intérêts, ne pouvait être défini avec précision puisque les personnes ne pouvaient savoir si leur demande d'inscription avait été rejetée en vertu d'une disposition de l'Accord supplémentaire qui a été annulée par suite de la décision *Wells* avant que chaque demande ait été réévaluée aux termes de l'Accord original et des modalités de l'Accord supplémentaire toujours en vigueur (au paragraphe 67). Ce n'est qu'à l'issue du contrôle judiciaire et une fois que le Comité d'inscription aura examiné les demandes que la Cour sera en mesure de déterminer qui pourrait avoir la qualité pour agir.

[73] Le raisonnement de la Cour fédérale semble être sous-tendu par le point de vue selon lequel le groupe était formé seulement de ceux dont la demande serait acceptée ou avait de fortes chances de l'être. La Cour fédérale a également présumé que la probabilité de succès des membres dépendait du règlement des réclamations de droit public dans la décision *Wells*. Autrement dit, contrairement à la jurisprudence mentionnée plus haut, la définition du groupe dépendait en quelque sorte de l'issue du litige. Cette erreur a été aggravée par l'opinion de la Cour fédérale selon laquelle l'issue du litige dépendait elle-même de l'issue de l'affaire *Wells*.

[74] L'appelant propose un groupe défini comme étant [TRADUCTION] « toutes les personnes dont la demande d'inscription à la bande Qalipu a été rejetée en application de l'Accord supplémentaire de 2013 ». J'estime que cette définition du groupe possède un lien rationnel avec les questions communes. Elle ne dépend pas de l'issue du litige. La condition relative à l'existence d'un groupe identifiable prévue à l'alinéa 334.16(1)b des Règles est remplie.

c) Questions communes de droit et de fait (alinéa 334.16(1)c des Règles)

[75] L'alinéa 334.16(1)c des Règles exige que « les réclamations des membres du groupe soulèvent des points de droit ou de fait communs, que ceux-ci prédominent ou non sur ceux qui ne concernent qu'un membre ».

[76] La Cour suprême a fourni les directives suivantes sur cet élément du critère d'autorisation :

[...] Il faut aborder le sujet de la communauté en fonction de l'objet. La question sous-jacente est de savoir si le fait d'autoriser le recours collectif permettra d'éviter la répétition de l'appréciation des faits ou de l'analyse juridique. Une question ne sera donc « commune » que lorsque sa résolution est nécessaire pour le règlement des demandes de chaque membre du groupe. Il n'est pas essentiel que les membres du groupe soient dans une situation identique par

rapport à la partie adverse. Il n'est pas nécessaire non plus que les questions communes prédominent sur les questions non communes ni que leur résolution règle les demandes de chaque membre du groupe. Les demandes des membres du groupe doivent toutefois partager un élément commun important afin de justifier le recours collectif. Pour décider si des questions communes motivent un recours collectif, le tribunal peut avoir à évaluer l'importance des questions communes par rapport aux questions individuelles. Dans ce cas, le tribunal doit se rappeler qu'il n'est pas toujours possible pour le représentant de plaider les demandes de chaque membre du groupe avec un degré de spécificité équivalant à ce qui est exigé dans une poursuite individuelle.

(*Dutton*, paragraphe 39; voir également *Vivendi* et *Wenham*, au paragraphe 72.)

[77] Il est également important de noter que point n'est besoin que l'issue des questions communes soit la même pour tous les membres du groupe. Plus précisément :

- a) pour qu'une question soit commune, il n'est pas nécessaire que le succès d'un membre du groupe entraîne nécessairement celui de tous les membres du groupe;
- b) une question commune peut exister même si la réponse qu'on lui donne peut différer d'un membre à l'autre du groupe, et la question commune peut exiger des réponses nuancées et diverses selon la situation de chaque membre;
- c) le critère de la communauté de questions n'exige pas une réponse identique pour tous les membres du groupe, ni même que la réponse bénéficie dans la même mesure à chacun d'entre eux. Il suffit que la réponse à la question ne crée pas de conflits d'intérêts entre les membres du groupe. Par exemple, le succès d'un membre ne doit pas provoquer l'échec d'un autre membre.

(Voir *Vivendi*, aux paragraphes 44 à 46; *Rumley*, au paragraphe 36; *Hodge v. Neinstein*, 2017 ONCA 494, 136 O.R. (3d) 81, au paragraphe 114.)

[78] La Cour fédérale n'a pas appliqué le critère énoncé à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles, ni aucun des arrêts mentionnés. Elle a omis de procéder à l'analyse requise des points communs. Il s'agit d'erreurs de droit qui permettent à notre Cour d'intervenir : *Wenham*, au paragraphe 58.

[79] M. Brake propose les questions communes suivantes :

1. Le rejet de la demande d'inscription à la bande Qalipu sous le régime de l'Accord supplémentaire de 2013 et de ses annexes est-il illégal au sens ou il faut l'entendre pour l'application du paragraphe 18.1(4) de la *Loi sur les Cours fédérales*?

2. La conduite du Canada dans l'établissement et la mise en œuvre de l'Accord supplémentaire de 2013 constituait-elle un manquement à son obligation fiduciaire auprès des membres du groupe?
3. La conduite du Canada dans l'établissement et la mise en œuvre de l'Accord supplémentaire de 2013 portait-elle atteinte aux droits, garantis par l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, aux membres du groupe à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination fondée sur la race ou l'origine nationale ou ethnique?
4. Si la réponse à la troisième question commune est « oui », les actions du Canada sont-elles justifiées au regard de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*, et, dans l'affirmative, dans quelle mesure et pendant quelle période?
5. Si la réponse à la troisième question commune est « oui », mais que la réponse à la quatrième question commune est « non », ces atteintes justifient-elles des dommages-intérêts comme réparation convenable et juste prévue à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
6. Si la réponse à l'une ou l'autre des questions communes 1, 2 et 5 est « oui », la Cour peut-elle procéder à l'évaluation globale, prévue à la règle 334.28, des dommages subis par certains ou tous les membres du groupe dans le cadre de l'instance sur les questions communes et, dans l'affirmative, à quelle hauteur?
7. La conduite du Canada a-t-elle mené à son enrichissement injustifié? Dans l'affirmative, le Canada est-il un fiduciaire par interprétation détenant des gains acquis de façon malhonnête pour le compte de (l'appelant) et des membres du groupe? Quel est le montant de la fiducie par interprétation détenue par le Canada?
8. La conduite du Canada justifie-t-elle des dommages-intérêts punitifs et, dans l'affirmative, quelle serait la valeur indiquée de cette réparation?

[80] À la lumière du critère juridique applicable, les questions communes proposées par M. Brake satisfont à l'alinéa 334.16(1)c) des Règles. Il existe des questions communes de droit et de fait, dont le règlement fera progresser les réclamations individuelles des membres du groupe puisque ces réclamations individuelles partagent un élément commun important. Les questions communes sont importantes par rapport aux questions individuelles, et l'autorisation permettra de réduire le risque de répétition de la recherche de faits ou de l'analyse juridique. L'autorisation du recours collectif procurera des avantages considérables en permettant d'économiser les ressources limitées de la Cour et des plaideurs.

[81] Certes, la détermination des questions communes en l'espèce ne permettra pas forcément de trancher tous les aspects de la réclamation de chaque membre du

groupe, mais elle les fera progresser considérablement. Dans ce cas, il faudra statuer sur les points individuels après l'instance portant sur les questions communes. Toutefois, l'alinéa 334.18a) des Règles énonce expressément que cela ne constitue pas un motif pour refuser l'autorisation, et les règles 334.26 et 334.27 établissent un processus visant précisément à traiter de telles décisions.

[82] Les questions communes ont généralement trait à la légalité des décisions administratives entourant l'Accord supplémentaire de 2013, à l'existence d'obligations juridiques envers le groupe, au manquement à ces obligations et aux réparations convenables, s'il en est. Ces questions ne sont pas différentes des questions communes dans les affaires *Wenham*, *Rumley* et *Cloud*, ainsi que dans d'autres instances comme *Dolmage v. Ontario*, 2010 ONSC 1726 (CanLII), 6 C.P.C. (7th) 168.

[83] M. Brake affirme que le Canada a manqué à son obligation fiduciaire envers le groupe au moment de négocier les modalités de l'Accord supplémentaire. Cette question doit être tranchée à la lumière d'un examen des mesures prises par le Canada, sans égard à la question de savoir si la réclamation de chaque demandeur est valide. La décision rendue sur cette question fera avancer considérablement les réclamations du groupe.

[84] Si le recours collectif était autorisé, le procès sur les questions communes permettrait de déterminer l'opportunité de la mise en œuvre de l'Accord supplémentaire de 2013. Une décision favorable à cette étape emporterait des déterminations individuelles de l'admissibilité selon la procédure prévue à la règle 334.26.

d) Meilleur moyen (alinéa 334.16(1)d) et paragraphe 334.16(2) des Règles)

[85] Les principes régissant la question de savoir si un recours collectif constitue le meilleur moyen ont été énoncés au paragraphe 77 de l'arrêt *Wenham* (mentionnant l'arrêt *Hollick*, aux paragraphes 27 à 31) :

[TRADUCTION]

a) le critère du meilleur moyen comporte deux concepts fondamentaux :

(i) premièrement, la question de savoir si le recours collectif serait un moyen juste, efficace et pratique de faire progresser l'instance;

(ii) deuxièmement, la question de savoir si le recours collectif serait préférable à tous les autres moyens raisonnables offerts pour régler les demandes des membres du groupe;

b) pour faire cette détermination, il faut examiner les questions communes dans leur contexte, en tenant compte de l'importance des questions communes par rapport à la demande dans son ensemble;

c) le critère du meilleur moyen peut être satisfait même lorsqu'il y a d'importantes questions individuelles; il n'est pas nécessaire que les questions

communes prévalent sur les questions individuelles.

[86] L'analyse relative au meilleur moyen « “s'effectue à la lumière des trois principaux objectifs du recours collectif : l'économie des ressources judiciaires, la modification des comportements et l'accès à la justice” » : *Fischer*, au paragraphe 22, cité par *Wenham*, au paragraphe 78.

[87] Dans l'analyse de ce volet du critère d'autorisation, la Cour fédérale n'a pas tenu compte de l'objet des recours collectifs. Elle a simplement accepté qu'il soit préférable que les réclamations des membres du groupe soient jugées à l'aune de l'arrêt *Wells* comme cause type. Cette conclusion ne tenait pas compte du critère applicable établi dans les arrêts *Fischer* et *Wenham* en raison de deux présomptions erronées que nous avons déjà abordées : premièrement, que toutes les réclamations de droit privé présentées dans l'action étaient prématurées et, deuxièmement, que l'arrêt *Wells* a permis de trancher à bon droit les réclamations de droit public présentées dans la demande. Il s'agit d'une erreur de droit.

[88] La Cour fédérale estimait qu'il serait préférable que M. Brake et les autres personnes se trouvant dans sa situation présentent de nouveau leur demande d'inscription afin qu'elle soit évaluée selon les modalités de l'Accord supplémentaire suite à la décision *Wells* (au paragraphe 74). Toutefois, M. Brake et les autres membres du groupe seraient ainsi contraints à accepter que la décision *Wells* tranche leurs réclamations de droit public, ce qu'ils refusent. Comme je le mentionne plus haut, en droit, M. Brake n'est pas lié par la décision de la Cour fédérale dans l'affaire *Wells*.

[89] Faire de la décision *Wells* une cause type ne serait pas le meilleur moyen de régler le litige, pour M. Brake et les autres membres du groupe, et ce pour plusieurs raisons :

- Les questions tranchées dans la décision *Wells* n'étaient pas identiques à celles que soulève M. Brake.
- M. Brake et le groupe qu'il souhaite représenter n'ont pas eu l'occasion de participer au contrôle judiciaire dans l'affaire *Wells* et n'ont pas qualité pour interjeter appel.
- M. Brake produira probablement des éléments de preuve plus vastes que ceux qui ont été présentés à la Cour dans l'affaire *Wells* et ne sera pas limité par les règles régissant les demandes de contrôle judiciaire. Par exemple, dans l'affaire *Wells*, la Cour fédérale a rejeté les arguments, fondés sur la fin illégitime, invoqués contre les décisions prises relativement à l'Accord supplémentaire de 2013 en raison d'une preuve insuffisante. Dans son recours collectif, M. Brake a l'intention d'exercer le droit d'interrogatoire préalable pour trouver cette même preuve.
- Habituellement, une cause type est désignée lors du processus de gestion de l'instance lorsque des instances multiples sont réunies ou suspendues sur

requête des parties ou sur ordonnance de la Cour. Il est inhabituel et anormal de considérer l'affaire *Wells*, qui a été tranchée, comme cause type pour des litiges différents en cours.

[90] Dans une affaire comme celle qui nous occupe, un recours collectif favorise souvent mieux qu'une cause type l'économie des ressources judiciaires, la modification du comportement et l'accès à la justice. Bon nombre des facteurs examinés aux paragraphes 85 à 98 de l'arrêt *Wenham* — qui militent en faveur d'un recours collectif plutôt que de la désignation d'une cause type — s'appliquent tout autant en l'espèce.

[91] Dans le cas qui nous occupe, un recours collectif favorise l'économie des ressources judiciaires, la modification du comportement et l'accès à la justice. Ces objectifs sont bien servis en l'espèce par un recours collectif qui tranchera des questions communes importantes touchant plus de 80 000 personnes : le bien-fondé de l'Accord supplémentaire de 2013, l'existence d'une obligation fiduciaire et le manquement à celle-ci, l'application de la Charte et l'infraction à cette dernière, le recours pour enrichissement sans cause et l'action en dommages-intérêts.

[92] Il pourrait falloir résoudre certaines questions individuelles. Comme je le mentionne plus haut, les *Règles des Cours fédérales* prévoient expressément la procédure applicable dans ce cas. La règle 334.26 prévoit un processus d'évaluation individuelle supervisé par la Cour visant à traiter le réexamen des demandes individuelles d'inscription à la bande ou toute décision quant au lien de causalité susceptibles d'être nécessaires après le règlement des questions communes. Les alinéas 334.26(1)b) et c) des Règles permettent à la Cour de déterminer la procédure qui convient pour régler ces questions, notamment charger « une ou plusieurs personnes d'évaluer les points individuels ».

[93] M. Brake soutient que, sans recours collectif, l'accès à la justice pour les parties est entravé d'obstacles importants. Je partage cet avis. Ces obstacles comprennent les ressources insuffisantes à la rétention d'un avocat, la probabilité que les frais engagés pour faire valoir ses droits soient supérieurs au montant des réparations accordées, la réticence à poursuivre le gouvernement du Canada, qui est doté de ressources importantes et d'un pouvoir discrétionnaire sur les prestations, et les risques financiers.

e) Représentant demandeur adéquat (alinéa 334.16(1)e) des Règles)

[94] La question centrale en l'espèce est de savoir si le représentant demandeur proposé pourrait représenter équitablement et adéquatement les intérêts du groupe envisagé. En l'espèce, on a proposé M. Collins; sa qualité n'est pas contestée. J'estime que cette condition d'autorisation est remplie.

[95] M. Brake a d'abord été proposé à titre de représentant demandeur, ce qui a été considéré comme acceptable. Toutefois, en raison d'un fait nouveau dont il est question dans le post-scriptum des présents motifs, il ne peut plus agir à titre de représentant demandeur.

6) Requête en conversion de la demande en action

[96] Conformément au raisonnement énoncé au paragraphe 48, l'appel à l'encontre du rejet de cette requête par la Cour fédérale devrait être rejeté.

D. Post-scriptum

[97] Peu de temps avant que notre Cour ne rende sa décision, l'avocat de l'appelant a informé la Cour du décès de M. Brake. Sa demande de contrôle judiciaire se poursuit : règle 116. Sa succession souhaite qu'elle se poursuive. Aux termes de la règle 117, il faut faire modifier les actes de procédure en conséquence sans délai.

E. Dispositif proposé

[98] J'accueillerais en partie l'appel, j'annulerais l'ordonnance de la Cour fédérale dans la mesure où celle-ci rejette l'autorisation prévue au paragraphe 334.16(1) des Règles, j'accueillerais la requête en autorisation et je rendrais l'ordonnance que la Cour fédérale aurait dû rendre.

[99] J'ordonnerais la modification sans délai de la déclaration envisagée la plus récente compte tenu de la situation expliquée dans le post-scriptum des présents motifs, la délivrance sans délai de cette déclaration, la réunion de l'action et de la demande et l'instruction de l'instance réunie comme s'il s'agissait d'une action, sur le fondement des questions communes énoncées au paragraphe 79 des présents motifs.

[100] Je définirais le groupe comme étant « toutes les personnes dont la demande d'inscription à la bande Qalipu a été rejetée en application de l'Accord supplémentaire de 2013 ».

[101] Je nommerais M. Collins à titre de représentant demandeur. J'approuverais le plan proposé par M. Brake pour poursuivre l'instance. J'ordonnerais qu'aucun autre recours collectif fondé sur les faits de l'espèce ne puisse être intenté sans autorisation. J'approuverais la forme, la teneur et la méthode de diffusion de l'avis au groupe.

[102] Le recours sera instruit et géré par la Cour fédérale; l'objet du recours et la règle 3 régiront le pouvoir discrétionnaire de la cour. La règle 3 dispose que les Règles sont interprétées et appliquées « de façon à permettre d'apporter une solution au litige qui soit juste et la plus expéditive et économique possible ».

[103] Il se peut qu'après avoir reçu les observations des parties, la Cour fédérale veuille réviser le plan de poursuite de l'instance, modifier les questions communes, apporter d'autres changements compte tenu de la situation décrite dans le post-scriptum des présents motifs, ou encore modifier d'autres aspects des questions traitées dans l'ordonnance de notre Cour. Par exemple, la Cour pourrait juger utile d'indiquer quelles questions devraient être traitées en premier et d'expliquer la marche à suivre. À cet égard, la Cour fédérale a carte blanche. Elle pourra s'adapter aux circonstances et ne doit pas considérer que l'ordonnance de notre Cour entrave sa gestion de cette instance.

LE JUGE LASKIN, J.C.A. : Je suis d'accord.

LA JUGE RIVOALEN, J.C.A. : Je suis d'accord.