

Date : 20080218

Dossier : T-1346-07

Référence : 2008 CF 207

Vancouver (Colombie-Britannique), le 18 février 2008

EN PRÉSENCE DE MONSIEUR LE JUGE LEMIEUX

ENTRE :

**LA PREMIÈRE NATION DE TSAWOUT,  
représentée par les conseillers Frank Pelkey,  
Antoine Underwood, Harvey Underwood,  
Toby Joseph et Keith Pelkey père, et  
EARL CLAXTON PÈRE, EARL CLAXTON FILS,  
JOANNA CLAXTON, MURIEL (ROSE) JIMMY,  
WALTER (KENNY) JIMMY, IRVINE JIMMY,  
LILLIAN JOE, MICHAEL HORNE, HELEN JACK,  
ALLAN CLAXTON et ANNE JIMMY**

**demandeurs**

et

**LE MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN,  
MARVIN UNDERWOOD, administrateur  
de la succession d’Ethel Underwood, et  
DAVID UNDERWOOD, bénéficiaire  
de la succession d’Ethel Underwood**

**défendeurs**

### **MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT**

#### **I. Introduction**

[1] L’affaire qui devait initialement être entendue par la Cour est une demande de contrôle judiciaire, présentée par les demandeurs en vertu de l’article 27 de la *Loi sur les Indiens* (la Loi), à

l'encontre d'une décision-lettre datée du 13 juin 2007 rédigée par le représentant du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le représentant du ministre), qui a rejeté la demande des demandeurs en date du 7 janvier 2003, pour faire annuler, au motif qu'il avait été émis par erreur, l'avis d'acquisition n° 1690 (l'avis d'acquisition), lot 24 de la réserve indienne East Saanich n° 2 (le lot), accordé à la défunte Ethel Underwood le 19 juin 1962. M<sup>me</sup> Underwood est décédée en 1995. Le défendeur Marvin Underwood est l'administrateur de sa succession et le défendeur David Underwood est le bénéficiaire de tous les intérêts de M<sup>me</sup> Underwood relatifs au lot.

[2] Les demandeurs, dans leur mémoire des faits et du droit, ont contesté la décision en se fondant sur des motifs traditionnels de droit administratif : 1) manquement au principe d'équité procédurale; 2) erreur de droit (application du mauvais critère juridique); 3) erreur de fait importante. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre), dans son mémoire en réplique, s'est opposé aux motifs de droit administratif invoqués par l'avocat des demandeurs et a soulevé une autre question : [TRADUCTION] « Le ministre n'avait pas compétence au moment où la décision a été prise. » [Non souligné dans l'original.] Le fondement de cet argument est que l'article 27 de la Loi ne s'appliquait plus aux terres de la Première Nation de Tsawout (la Première Nation) parce que le ministre et la Première Nation avaient mis en place, avant que la décision soit rendue le 13 juin 2007, les instruments nécessaires à la réalisation du transfert de la gestion des terres de réserve, du ministre à la Première Nation. Plus particulièrement, ce transfert est devenu réalité au moment où le code foncier de la Première Nation (le code foncier) est entré en vigueur le 29 mai 2007, soit deux semaines avant la décision du 13 juin 2007 contestée. Le paragraphe 38(1) de la *Loi sur la gestion des terres des premières nations* énonce clairement ce qui suit : « Les

dispositions et textes ci-après cessent, à l'entrée en vigueur du code foncier, de s'appliquer à la première nation, à ses membres ou à ses terres, selon le cas : a) les articles [...] 22 à 28 [...] de la *Loi sur les Indiens* [...]. » Subsidiairement, l'avocate du ministre a déclaré que la Cour n'était pas en mesure d'accorder l'un des recours que les demandeurs cherchaient à obtenir – un renvoi pour nouvelle décision – parce que la loi empêchait le ministre de le faire.

[3] Dans son mémoire en réplique, l'avocat de l'administrateur et du bénéficiaire de la succession d'Ethel Underwood a écrit que [TRADUCTION] « il n'est pas approprié de désigner la lettre du 13 juin 2007 comme étant une “décision”, parce qu'à cette date, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien n'avait plus compétence pour prendre une décision en vertu de l'article 27 de la *Loi sur les Indiens* ». Pour expliquer la perte de cette compétence, il a mentionné l'entrée en vigueur du code foncier, qui faisait en sorte que l'article 27 de la Loi cessait de s'appliquer aux terres de la Première Nation et que, en conséquence, le ministre ne pouvait plus annuler l'avis d'acquisition qui avait pu être émis par erreur.

[4] Par ailleurs, je fais remarquer que le code foncier prévoit à l'article 27 que le conseil peut, [TRADUCTION] « sous réserve de toute décision applicable en vertu de la partie 8 ou prise par un tribunal compétent, annuler ou modifier tout intérêt accordé ou toute décision rendue par erreur ou par fraude ».

## II. La requête en rejet des défendeurs Underwood et les réponses obtenues

[5] Le 8 février 2008, l'avocat de l'administrateur et du bénéficiaire de la succession d'Ethel Underwood a déposé une requête, présentable à la Cour à la date de l'audition de la demande de contrôle judiciaire (13 juin 2007), en vue d'obtenir une ordonnance de [TRADUCTION] « rejet de l'avis de demande des demandeurs du 10 juillet 2007 au motif que la demande de contrôle judiciaire des demandeurs soit rejetée sur la base des doctrines relatives au caractère théorique, à l'absence d'utilité et au défaut de compétence sous le régime du paragraphe 18.1(3) de la *Loi sur les Cours fédérales* ». La Cour a ordonné que l'audition de la requête en cause soit prioritaire à l'audience du 13 février 2008.

[6] Le jour avant l'audience, soit le 12 février 2008, la Cour a été informée que l'avocat des demandeurs avait rédigé la lettre suivante à l'intention des avocats des deux défendeurs représentés :

[TRADUCTION]

Vos deux clients sont d'avis que « vu que le ministre a rendu sa décision le 13 juin 2007, presque deux semaines après que la Première Nation de Tsawout a obtenu le droit de gérer ses propres terres de réserve, il n'avait pas compétence au moment où la décision a été rendue ». Les demandeurs sont d'accords.

Par conséquent, nous proposons de déposer le projet d'ordonnance sur consentement ci-après statuant sur l'à-propos d'entendre la demande des demandeurs ou la requête du défendeur Marvin Underwood :

LA COUR ORDONNE :

1. La décision rendue le 13 juin 2007 par le défendeur le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, ou par son représentant, concernant la demande des demandeurs en annulation de l'avis d'acquisition n<sup>o</sup> 1690, lot 24 de la réserve indienne East Saanich n<sup>o</sup> 2, est infirmée.

Une telle ordonnance a une incidence pratique, à tout le moins en ce qui à trait à la question de la présomption légale quant au bien-fondé de la lettre du ministre rédigée le 13 juin 2007. Elle sera d'une importance pratique pour les personnes qui examinent le litige sous-jacent concernant l'avis d'acquisition n° 1690 en recourant au processus de règlement des différends du code foncier de la Première Nation.

Les demandeurs ne sollicitent plus une ordonnance renvoyant l'affaire pour nouvel examen.

[Non souligné dans l'original.]

[7] Une copie d'une lettre, datée elle aussi du 12 février 2008, était également annexée à la lettre du 12 février 2008 envoyée à la Cour par l'avocat des demandeurs. Elle était adressée au gestionnaire des terres de la Première Nation, au nom d'Allan Claxton et en sa capacité personnelle, à titre d'avis de contestation écrit en vertu du code foncier à l'égard de l'avis d'acquisition.

[8] L'avocate du ministre a fait savoir par écrit qu'elle ne prenait pas position au sujet de la requête en rejet de l'autre défendeur, bien qu'à l'audition devant la Cour, elle ait changé de point de vue afin d'adopter les arguments avancés par l'avocat du défendeur Underwood quant à savoir si la lettre du représentant du ministre constituait une décision.

### III. Analyse et conclusions

[9] Les parties conviennent que le ministre n'avait pas compétence au moment où son représentant a rendu sa décision le 13 juin en se fondant sur le pouvoir censément conféré par l'article 27 de la Loi, par laquelle il a rejeté la demande en annulation de l'avis d'acquisition que les demandeurs avaient présentée au motif qu'il avait été émis par erreur. Lors de la présentation de la

requête de Marvin Underwood, l'avocat de celui-ci m'a avisé qu'il souhaitait donner suite à sa demande d'annulation; c'est ce que nous avons fait.

[10] Je suis saisi de deux requêtes, dont l'une sera accueillie, soit la requête de Marvin Underwood pour faire annuler la demande de contrôle judiciaire des demandeurs au motif qu'elle est théorique, soit la requête des demandeurs pour faire annuler la décision du 13 juin 2007 parce que le représentant du ministre n'avait pas le pouvoir de la prendre, un recours auquel l'avocat de M. Underwood ne s'oppose pas si je rejette sa requête en rejet de la demande de contrôle judiciaire. En l'espèce, il ne sera pas nécessaire que la Cour traite du bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire des demandeurs ou qu'elle fasse des observations à cet égard.

[11] À l'appui de sa requête en rejet de la demande de contrôle judiciaire des demandeurs, l'avocat de M. Underwood avance deux arguments :

- 1) Le lettre en date du 13 juin 2007 rédigée par le représentant du ministre ne constitue pas une « décision » parce qu'il n'avait pas le pouvoir d'en prendre une. L'avocat se fonde sur la décision d'un de mes collègues, le juge O'Reilly, dans *Nanavik Tunngavik c. Canada (Procureur général)*, 2004 CF 85.
- 2) La demande de contrôle judiciaire des demandeurs est théorique, se fondant sur l'arrêt de la Cour suprême du Canada dans *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342. Plus particulièrement, l'avocat soutient que la lettre du 13 juin 2007 n'est que ça – une lettre de politesse n'ayant aucune incidence pratique pour les raisons suivantes :

- (a) elle n'a pas de conséquence sur les parties et elle ne permet pas de régler leur litige, qui sera examiné par la Première Nation en conformité avec son code foncier;
- (b) les parties ont admis que le ministre avait perdu son pouvoir de prendre une décision en vertu de l'article 27 de la Loi lorsque la gestion des terres de réserve fut transférée à la Première Nation.

[12] Je ne suis pas convaincu par les arguments de l'avocat du défendeur Underwood.

[13] Tout d'abord, je suis convaincu que la lettre rédigée le 13 juin 2007 par le représentant du ministre constitue une décision qui relève de la compétence de surveillance de la Cour, qui peut par voie de *certiorari*, annuler une mesure prise par une personne qui n'avait pas compétence de la prendre. La décision a été prise en application de l'article 27 de la Loi, qui confère au ministre le pouvoir d'annuler un avis d'acquisition qui, selon lui, a été émis par erreur.

[14] Le ministre était saisi d'une demande présentée par les demandeurs, qui estimaient que l'avis d'acquisition avait été émis par erreur. Les défendeurs Underwood ont fait valoir au ministre que l'avis d'acquisition en question n'avait pas été émis par erreur. Le représentant du ministre a tranché en faveur des défendeurs Underwood. Cette décision qui, on l'a admis, a été prise sans qu'on ait eu compétence, a eu une conséquence juridique : le rejet de la demande des demandeurs.

[15] En tout état de cause, le pouvoir de surveillance de la Cour n'est pas limité à l'annulation d'une décision. L'alinéa 18.1(3)b) de la *Loi sur les Cours fédérales* prévoit que la Cour peut annuler ou infirmer « toute décision, ordonnance, procédure ou tout autre acte de l'office fédéral ».

[16] Il est évident que le pouvoir de la Cour d'annuler un acte invalide ou contraire à la loi n'est pas limité à une décision; voir l'analyse à cet égard dans *Larny Holdings Ltd. c. Canada (Ministre de la Santé)*, 2002 CFPI 750, et, de façon générale, l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Martineau c. Comité de discipline de Matsqui*, [1980] 1 R.C.S. 602, dans lequel le juge Dickson a affirmé que le pouvoir de surveillance de la Cour d'annulation « peut servir de recours général pour la surveillance de l'appareil décisionnel gouvernemental. Tout organisme public qui a le pouvoir de trancher une question qui touche les droits, intérêts, biens, privilèges ou liberté d'une personne peut en faire l'objet. »

[17] Avec tout le respect que je dois à l'avocat du défendeur Underwood, il a mal choisi la décision sur laquelle il s'est appuyée (la décision *Nanuvat*, précitée). Dans cette affaire, le décideur ne s'était fondé sur aucun pouvoir conféré par la loi ayant des conséquences juridiques. En l'espèce, le représentant du ministre s'est basé, quoiqu'il n'eût pas compétence, sur l'article 27 de la Loi comme il l'a lui-même admis dans la décision-lettre du 13 juin 2007.

[18] J'estime également que la présente demande de contrôle judiciaire n'est pas théorique. Dans *Borowski*, précité, le juge Sopinka fournit des précisions sur la notion de caractère théorique aux paragraphes 15, 16 et 17 reproduits ci-après :



**15** La doctrine relative au caractère théorique est un des aspects du principe ou de la pratique générale voulant qu'un tribunal peut refuser de juger une affaire qui ne soulève qu'une question hypothétique ou abstraite. Le principe général s'applique quand la décision du tribunal n'aura pas pour effet de résoudre un litige qui a, ou peut avoir, des conséquences sur les droits des parties. Si la décision du tribunal ne doit avoir aucun effet pratique sur ces droits, le tribunal refuse de juger l'affaire. Cet élément essentiel doit être présent non seulement quand l'action ou les procédures sont engagées, mais aussi au moment où le tribunal doit rendre une décision. En conséquence, si, après l'introduction de l'action ou des procédures, surviennent des événements qui modifient les rapports des parties entre elles de sorte qu'il ne reste plus de litige actuel qui puisse modifier les droits des parties, la cause est considérée comme théorique. Le principe ou la pratique générale s'applique aux litiges devenus théoriques à moins que le tribunal n'exerce son pouvoir discrétionnaire de ne pas l'appliquer. J'examinerai plus loin les facteurs dont le tribunal tient compte pour décider d'exercer ou non ce pouvoir discrétionnaire.

**16** La démarche suivie dans des affaires récentes comporte une analyse en deux temps. En premier, il faut se demander si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique. En deuxième lieu, si la réponse à la première question est affirmative, le tribunal décide s'il doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire. La jurisprudence n'indique pas toujours très clairement si le mot "théorique" (*moot*) s'applique aux affaires qui ne comportent pas de litige concret ou s'il s'applique seulement à celles de ces affaires que le tribunal refuse d'entendre. Pour être précis, je considère qu'une affaire est "théorique" si elle ne répond pas au critère du "litige actuel". Un tribunal peut de toute façon choisir de juger une question théorique s'il estime que les circonstances le justifient.

**17** La première étape de l'analyse exige qu'on se demande s'il reste un litige actuel. Diverses circonstances, dont je vais donner des exemples, peuvent faire disparaître un litige et rendre la question théorique.

[19] L'avocat du défendeur Underwood admet franchement que le litige demeure actuel, soit la question de savoir s'il y a lieu ou non d'annuler l'avis d'acquisition. Le processus pour régler ce litige a déjà été amorcé et la décision sera prise en conformité avec le code foncier.

[20] L'avocat du défendeur Underwood soutient que la lettre rédigée le 13 juin 2007 par le représentant du ministre n'a pas d'incidence pratique parce que tout le monde sait que la décision a été prise sans que le décideur ait eu la compétence. Dans le contexte de la présente affaire, je ne puis accepter cet argument. Il est évident que le représentant du ministre voulait que sa lettre du 13 juin 2007 ait une incidence juridique – elle était censée transmettre le point de vue du MAINC. Je n'ai qu'à mentionner le paragraphe 24 de son affidavit.

[21] De plus, l'avocat du défendeur Underwood était incapable de dire que les décideurs qui se fonderaient sur le code foncier commettraient une erreur susceptible de révision s'ils accordaient de l'importance à la lettre du 13 juin 2007. En tout état de cause, il ressort de la jurisprudence récente de la Cour que les décisions non annulées peuvent avoir des conséquences inattendues. Elles ne peuvent pas faire l'objet d'une contestation indirecte dans une autre instance; voir *Canada c. Grenier*, 2005 CAF 348.

[22] J'ai mentionné précédemment que l'avocat du défendeur Underwood a fait savoir à la Cour que si elle refusait sa requête en rejet de la présente demande de contrôle judiciaire, les défendeurs Underwood ne consentiraient pas, mais ne s'opposeraient pas, à une ordonnance de la Cour annulant la décision du 13 juin 2007 au motif que le décideur l'avait prise sans avoir la compétence. C'est sur cette base que l'ordonnance sera donc rendue. Comme je l'ai déjà souligné, rien dans la présente décision ne porte sur le bien-fondé de la demande de contrôle judiciaire des demandeurs.

**JUGEMENT**

**LA COUR STATUE que** la requête des défendeurs Underwood en annulation de la demande de contrôle judiciaire des demandeurs est rejetée.

La requête des demandeurs en annulation de la décision rendue le 13 juin 2007 par le représentant du ministre est accueillie.

Eu égard aux circonstances, aucuns dépens dans les requêtes en cause ne seront adjugés aux parties.

« François Lemieux »

---

Juge

Traduction certifiée conforme  
Annie Beaulieu, traductrice

**COUR FÉDÉRALE**

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER**

**DOSSIER :** T-1346-07

**INTITULÉ :** La Première Nation de Tsawout et al. c. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et al.

**LIEU DE L'AUDIENCE :** Vancouver (C.-B.)

**DATE DE L'AUDIENCE :** Le 13 février 2008

**MOTIFS DU JUGEMENT ET JUGEMENT :** Le juge Lemieux

**DATE DES MOTIFS :** Le 18 février 2008

**COMPARUTIONS :**

David Robbins	POUR LES DEMANDEURS
Murray Wolf	POUR LE DÉFENDEUR (Marvin Underwood)
Sandra Evans	POUR LE DÉFENDEUR (Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)
David Underwood	POUR LE DÉFENDEUR (David Underwood, en son propre nom)

**AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :**

Woodward & Company Victoria (C.-B.)	POUR LES DEMANDEURS
McLarty Wolf Litigation Vancouver (C.-B.)	POUR LE DÉFENDEUR (Marvin Underwood)
John H. Sims, c.r. Ministère de la Justice	POUR LE DÉFENDEUR (Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)
s.o.	POUR LE DÉFENDEUR (David Underwood, en son propre nom)

