



Le 10 août 2004

[TRADUCTION]

Madame Éloïse Arbour Secrétaire
du Comité sur les règles de la
Cour d'appel fédérale Ottawa
(Ontario) K1A 0H9

Madame,

Objet : Incidence des règles relatives aux recours collectifs sur les poursuites judiciaires intentées par des Nations autochtones devant la Cour fédérale

Par la présente, la Section nationale du droit des autochtones de l'Association du Barreau canadien (la Section de l'ABC) vous fait part des préoccupations qu'elle entretient au sujet des nouvelles Règles de la Cour fédérale sur le recours collectif¹.

La Section de l'ABC demande au Comité sur les règles d'examiner le rétablissement des actions catégorielles à titre de solutions de rechange aux recours collectifs lorsque les circonstances le justifient. Du point de vue de la Section de l'ABC, l'abolition de la règle relative aux actions catégorielles devant la Cour fédérale aura un effet négatif sur la capacité des Premières Nations de faire valoir leurs revendications de la façon la plus efficace et la mieux appropriée. Dans la présente lettre, la Section de l'ABC identifiera la différence fondamentale entre les recours collectifs et les actions catégorielles, une différence particulièrement importante pour la défense des droits autochtones. Nous discuterons également des questions de procédure, des enjeux fondés sur l'objet même du recours et des enjeux constitutionnels qui justifient notre conclusion.

RECOURS COLLECTIFS PAR RAPPORT AUX ACTIONS CATÉGORIELLES

La distinction entre recours collectifs et actions catégorielles a été identifiée comme « d'une part, des actions qui sont le fait de personnes réunies par le 'même intérêt' dans l'instance et, d'autre part, les actions intentées par des personnes pour lesquelles il existe une question de droit ou de

¹ Règles modifiant les Règles de la Cour fédérale, 1998.

fait en jeu »². En gros, la différence essentielle entre les deux recours repose sur la question de savoir si la communauté découle de la nature des parties ou de la nature des enjeux. Malgré l'entremêlement des deux différents types d'actions, ils ont tous deux traditionnellement servi des objectifs différents et il pourrait continuer d'en être ainsi devant la Cour fédérale.

Pour les Premières Nations ou d'autres communautés autochtones, faire valoir ses revendications à titre d'actions catégorielles se fonde sur une *communauté découlant de leur nature spécifique en tant que partie à un litige* [Traduction]. Comme on peut le lire dans *Woodward's Native Law* :

... la bande, en tant qu'entité permanente dotée de son propre gouvernement, est un type unique d'entité juridique en vertu du droit canadien. Les droits et obligations de la bande sont tout à fait distincts des droits et obligations regroupés des membres de la bande. [Traduction]³

Selon une perspective autochtone, « une association avec... leurs collectivités est essentielle à l'identité individuelle et communautaire... »⁴; faire valoir leurs revendications en tant que préoccupations collectives est le reflet de leur identité culturelle et politique, de même que celle de la nature des droits ainsi revendiqués. Les membres des Premières Nations ne sont pas « simplement des individus vivant en étroite proximité les uns avec les autres, et qui pourraient trouver un intérêt commun à l'issue favorable d'une décision judiciaire. »⁵

CERTIFICATION D'UN RECOURS COLLECTIF EN VERTU DES NOUVELLES RÈGLES

La législation relative aux recours collectifs est maintenant en vigueur dans cinq provinces, elle exige la certification du recours et la nomination d'un demandeur représentant lorsque des questions communes de fait ou de droit sont en jeu. La législation relative aux recours collectifs en Ontario, à Terre-Neuve et en Colombie-Britannique énonce explicitement que la loi ne s'applique pas aux procédures de représentation, ce qui maintient ainsi la distinction entre les deux types d'actions.

Certaines conditions de certification énoncées par les règles de la Cour fédérale sont analogues à celles que l'on retrouve dans les lois provinciales. L'exigence initiale que les plaidoiries décrivent une cause d'action raisonnable n'est pas spécifique aux recours collectifs puisqu'elle s'applique à toutes les actions en justice. Selon les deux autres conditions de certification, il faut que la catégorie soit identifiable et que les plaintes soulèvent des questions communes de droit ou de fait. Une partie en litige des Premières Nations qui dépose une plainte commune, par la nature même de sa revendication, remplit souvent ces deux conditions.

² Maggie Doyle, "The Nature of Representative or Class Actions in the Context of Compensation Claims against Resource and Utilities Companies" (1999) Australian Mining and Petroleum Law Yearbook à http://www.ampla.org/publications/year99_sum.htm.

³ Jack Woodward, *Native Law*, feuilles mobiles (Toronto : Thomson Carswell, 1994), à la p. 398.

⁴ Canada, Commission royale sur les peuples autochtones, *Rapport de la Commission royale sur les peuples autochtones*, vol. 2 (Ottawa : ministre de l'Approvisionnement et des Services Canada, 1996), à la p. 1015 (coprésidents : Rene Dussault et Georges Erasmus).

⁵ *Weyweyakum Indian Band c. Canada and Weyweyakai Indian Band*, [1992] C.N.L.R., à la p. 177.

Les règles de la Cour fédérale exigent en outre de nommer un demandeur représentant qui représente avec équité et bien-fondé les intérêts de l'ensemble du groupe. Le demandeur représentant doit produire un plan d'action et aviser les membres du groupe du déroulement de l'instance. Au sujet de la(des) question(s) commune(s), la ou le représentant ne peut avoir d'intérêt qui entre en conflit avec les intérêts des autres membres du groupe. Pour les Premières Nations, chacun de ces critères est satisfait lorsque le chef ou le Conseil de bande agit au nom de la bande dans la mesure où «en droit, une bande est en soi reconnue comme un groupe »⁶.

La dernière exigence prescrite par les nouvelles Règles de la Cour fédérale veut que le recours collectif soit la meilleure option possible et que le juge examine en outre tous les facteurs pertinents avant de prendre une décision sur le bien-fondé du recours. Ce qui implique de vérifier si le recours collectif englobe ou non des plaintes qui font ou ont déjà fait l'objet d'un autre type d'action judiciaire. Cette condition peut poser des problèmes lors de questions en droit autochtone dans la mesure où les questions autochtones sont souvent conflictuelles. Le juge doit alors décider s'il existe des moyens plus efficaces de résoudre la plainte. On peut affirmer qu'une action catégorielle serait plus efficace dans la mesure où elle n'exige pas la tenue d'une audience de certification supplémentaire, laquelle serait redondante lorsque c'est le chef ou le Conseil qui intente l'action au nom de la Première Nation. Les litiges en matière autochtone sont réputés pour leur complexité et la durée de leur résolution susceptible de s'étendre sur plusieurs années. Ajouter des obstacles de nature procédurale ne ferait que prolonger un processus déjà long et augmenterait davantage encore le *coût* des procédures judiciaires.

QUESTIONS DE PROCÉDURE

Dans certains cas, on peut aisément régler le problème en se référant à l'arrêt *Bande de Sawridge c. Canada*⁷. Dans cette cause en effet, la Cour a confirmé qu'une bande avait la capacité d'intenter une action dans son propre intérêt après que la Cour ait infirmé une requête de la Couronne demandant une ordonnance pour contraindre la bande à obtenir la certification du recours collectif. Ce faisant, la Cour fédérale a confirmé le jugement dans l'affaire *Weyweyakum* sur la question de la capacité à l'effet que :

... les membres d'une bande indienne comme celle-ci et non visés par les dispositions de la *Loi sur les indiens*, doivent obligatoirement jouir d'un statut juridique spécial découlant de leur existence à titre de société distincte ainsi que des coutumes, [sic] lois, privilèges, droits et obligations spéciaux et fondamentaux et, selon moi, aucune raison logique n'explique pourquoi les bandes indiennes ne disposeraient pas des mêmes droits pour poursuivre, par exemple, en qualité de personne morale, et dans la même optique, ne seraient pas assujetties aux multiples obligations découlant de ce statut. » [Traduction]⁸

On peut en déduire que si la capacité de la bande a été admise, il devient inutile d'exiger de nommer le chef comme partie au nom de la Nation. Cependant, des actions intentées au nom des Premières Nations sont encore formulées et présentées de cette manière, soit par excès de

⁶ *Woodward's Native Law*, précité, note 3, à la p. 399.

⁷ [2003] F.C.J. No. 846 (1^{ère} inst.) (QL).

⁸ *Weyweyakum*, précitée, note 5.

prudence ou encore parce que le droit collectif invoqué dans une cause donnée n'est pas conféré à la bande comme une création au sens de la *Loi sur les Indiens*.

PROBLÈMES PARTICULIERS AUX PREMIÈRES NATIONS

Certains conseillers et conseillères juridiques estiment que les nouvelles règles de la Cour fédérale posent des problèmes importants. Dans une cause, par exemple, la Couronne fédérale insistait pour que le recours intenté par la Première Nation soit certifié, bien que la cause en question eût été intentée bien avant l'adoption des nouvelles règles de la Cour fédérale. La Cour a conclu que le problème avait ainsi été mieux résolu entre les parties qu'au moyen d'une ordonnance. Les négociations que tinrent par la suite les parties en vue de conclure une ordonnance sur consentement furent longues et difficiles, ce qui a augmenté les coûts assumés par les parties.

On a soutenu que les obligations découlant du fait d'intenter une action au nom de la bande, conformément à l'arrêt *Weyweyakum* et *Sawridge*, empêchaient de réclamer des dommages-intérêts pour la souffrance, de même que le renvoi à plus tard des arguments relatifs à la limitation de responsabilité. Cet argument se fonde sur la jurisprudence concernant les personnes morales lorsque la capacité de la bande de poursuivre en justice est apparentée à celle d'une personne morale. La bande ne peut par conséquent invoquer une souffrance ni une incapacité à l'effet de limiter sa responsabilité. Ce qui implique donc qu'en procédant de cette manière, on risque d'entraver le règlement de la plainte plutôt que de le faire progresser.

En outre, les nouvelles règles interdisent en général l'adjudication des dépens pour un recours collectif (Règle 299.41(1)). Dans un cas spécifique, lorsque la Première Nation a déposé une requête pour la production d'un document, le juge responsable de la gestion de l'instance l'a avisée que les dépens n'étaient pas autorisés dans le cadre d'un recours collectif. Bien que la Règle 299.41(2) n'autorise l'adjudication de dépens que dans des circonstances exceptionnelles, le fait même d'établir l'existence de ces circonstances peut augmenter le montant des frais sans compter le risque que la requête soit rejetée.

La capacité des Premières Nations de porter leurs revendications devant la Cour fédérale peut être sérieusement compromise par les modifications apportées à ces règles. Il en ressort que l'issue positive des revendications des Premières Nations en sera sans doute compromise, quel que soit le type de recours choisi. Lorsque l'on procède par voie de recours collectif, la certification est obligatoire et les dépens ne sont en général pas disponibles. Lorsque l'on intente un recours collectif au nom de la bande, la jurisprudence relative aux personnes morales peut s'appliquer et la bande pourrait être incapable de réclamer des dommages-intérêts pour la souffrance subie, et d'invoquer certains arguments relatifs à la limitation de responsabilité. Dans un cas comme dans l'autre, la capacité d'affirmer les droits communs des Premières Nations s'en retrouvera affectée.

LES QUESTIONS FONDÉES SUR L'OBJET DU RECOURS COLLECTIF

Des questions de nature fondées sur l'objet du recours collectif se posent. Dans tout procès, il est essentiel que le tribunal entende les véritables parties concernées et qu'il tranche les questions exactes. Le défendeur doit également recevoir un avis suffisant de la nature de l'action intentée contre lui et l'identité des plaignants et plaignantes. Dans le pourvoi récent *Hollick c. Toronto (Ville)*⁹, la Cour suprême du Canada a statué que l'objet d'un recours collectif consistait à préserver l'économie des ressources judiciaires, à promouvoir l'accès à la justice et la modification des comportements. La juge McLachlin a fait observer qu'il était nécessaire de mener une analyse contextuelle de la gestion juste et efficace de l'action, de même que de la disponibilité des recours et si le recours choisi est bien le meilleur moyen. La Section de l'ABC soutient que les modifications aux Règles, dans le contexte des procédures intentées par les Premières Nations, pourraient en fait compromettre ces objectifs.

Bien qu'il convienne de s'assurer que la personne qui intente l'action au nom d'une Première Nation ait le pouvoir de le faire, il n'est pas nécessaire d'obliger la Cour à certifier la qualité de représentant d'un chef et d'un Conseil de bande dûment élu. Cela contredit le principe de l'économie des ressources judiciaires, soit l'un des objets fondamentaux du recours collectif. Les communautés des réserves autochtones ont déjà un représentant nommé et chargé d'un mandat précis de la part de la « catégorie », de même qu'un nombre de membres clairement défini. En fait, la « catégorie » envisagée a déjà été pleinement circonscrite pour le défendeur le plus commun dans ce type d'affaires, soit les Affaires indiennes et du Nord.

L'accès à la justice peut être aussi plus limité du fait que la procédure de certification ne fait qu'exacerber les circonstances déjà difficiles pour les Premières Nations essayant de financer leurs poursuites judiciaires dans le but de faire valoir leurs droits :

La question préliminaire de la certification, censée être une mini-audience, finit par devenir une maxi-audience ... souvent plus complexe qu'un procès sur des questions de fond (si l'affaire va jusque là) et, parce que ces cas donnent lieu à bon nombre de décisions discrétionnaires, il y a souvent de nombreux appels interjetés... et la certification devient un facteur hautement dissuasif pour intenter un recours collectif. [Traduction] ¹⁰

Enfin, l'objectif de la « modification des comportements » est rarement atteint lorsque les défendeurs ne disposent que de moyens procéduraux qui servent à freiner l'avancement des revendications de la manière la plus efficace, résultant purement et simplement du statut juridique immuable du plaignant. Ce qui est particulièrement le cas lorsque les arguments correspondants et les recours disponibles à leur disposition leur sont ainsi restreints. Dans le contexte des litiges en droit autochtone, aucun des objectifs généraux visés par le recours collectif ne sera réalisé en vertu des nouvelles Règles. En fait, le comportement qui mérite le plus

⁹ [2001] 3 R.C.S. 158 (C.S.C.), au par. 27.

¹⁰ Andrew J. Roman, "Class Actions in Canada : The Path to Reform?" (août 1998) *Advocates' Soc. J.*, no. 4, aux pages 28 à 32.

d'être modifié serait plutôt celui d'un système juridique qui ne reconnaît qu'un ensemble de plaintes individuelles plutôt que d'y voir une plainte authentiquement commune.

Comme nous l'avons mentionné, les Premières Nations peuvent toujours tenter un recours au nom de la bande assorti des restrictions correspondantes imposées aux arguments et recours. D'importantes ressources judiciaires seront ainsi dépensées pour déterminer dans quelle mesure la jurisprudence restrictive est également applicable à une bande et, par conséquent, le recours intenté au nom de la bande aboutira à un semblant d'économie.

LA QUESTION CONSTITUTIONNELLE

Depuis au moins 1982, les bandes, les Indiens visés par les traités et les Premières Nations ayant des droits existants se sont vus accorder la capacité constitutionnelle d'intenter des poursuites judiciaires en leur nom propre. La Cour fédérale, établie en vertu de l'article 101 de la *Loi constitutionnelle* de 1867, n'a pas compétence pour modifier des droits constitutionnels en imposant des règles procédurales. On peut par conséquent soutenir que les nouvelles Règles ne s'appliquent pas aux bandes. Elles peuvent être également inapplicables lorsque la plainte concerne des droits autochtones existants, peu importe qu'il s'agisse ou non d'une action intentée par la bande elle-même.

CONCLUSION

Bien que de nombreuses opinions aient été émises pour et contre les récentes modifications apportées aux Règles de la Cour fédérale, il est difficile de déterminer ce qui en ressortira jusqu'à ce que la Cour tranche la question. Dans l'arrêt *Sawridge*, la Cour n'a pas eu à déterminer si la Règle 55 lui laissait la discrétion résiduelle suffisante pour abroger la Règle 114. Jusqu'à ce que cette décision soit jugée nécessaire, les conseillers et conseillères juridiques doivent être conscients de l'existence de ces questions lorsqu'ils déterminent le mode de recours applicable et s'attendre, tout au moins pour le moment, à ce que ce changement de règle rende les enjeux plus complexes pour les Premières Nations que le contraire.

Avec tout le respect aux bandes des Nations autochtones et des Premières Nations, cette mesure risque d'avoir de graves répercussions dépassant largement l'intention visée par le Comité des règles. La Section de l'ABC demande donc au Comité des règles d'envisager de rétablir les actions catégorielles à titre de solution de rechange aux recours collectifs dans les circonstances qui le justifient.

Je vous prie d'agréer, Madame, l'expression de mes sentiments les meilleurs.

(Version originale signée par Trevor Rajah, au nom de Jeffrey F. Harris)

Jeffrey F. Harris
Président, Section nationale des droits autochtones