

T-146-19  
2019 FC 732

T-146-19  
2019 CF 732

**Samantha Whalen** (*Applicant*)

**Samantha Whalen** (*demanderesse*)

v.

c.

**Fort McMurray No. 468 First Nation** (*Respondent*)

**Première Nation n° 468 de Fort McMurray**  
(*défenderesse*)

**INDEXED AS: WHALEN v. FORT McMURRAY NO. 468  
FIRST NATION**

**RÉPERTORIÉ : WHALEN C. PREMIÈRE NATION N° 468 DE  
FORT McMURRAY**

Federal Court, Grammond J.—Edmonton, April 16;  
Ottawa, May 24, 2019.

Cour fédérale, juge Grammond—Edmonton, 16 avril;  
Ottawa, 24 mai 2019.

*Aboriginal Peoples — Governance — Council powers — Judicial review of decision of respondent's Council suspending applicant as one of its members — Respondent's Council seeking to anchor decision in unwritten "custom", in by-law making provisions of Indian Act or in "inherent" power — Respondent adopting its current Customary Election Regulations in May 2014 — Applicant elected councillor in June 2018 — Soon after elected, applicant discovering that Council members, officer allegedly breaching fiduciary duties; filing action thereafter — Conflict between applicant, individuals involved escalating, culminating in blockade of respondent's premises — At meeting of respondent's Council, applicant temporarily suspended with pay via draft band council resolution (BCR) — BCR alleging in particular that applicant engaging in wrongful conduct, that she had organized, supported blockade — Disciplinary hearing to take place — Applicant arguing that respondent's Council not having power to suspend her whereas respondent arguing in particular that applicant's judicial review application premature — Whether applicant's application premature; whether respondent's Council having power to suspend applicant — Applicant's application not premature — Case warranting exception to prohibition on judicial review of interlocutory rulings — As to power to suspend councillor, Election Regulations affording Council to do so only in limited circumstances, which did not apply to this case — Council having no power to remove councillor without vote of membership — This finding sufficient to dispose of matter — Respondent's argument unwritten custom providing such power nevertheless reviewed — Alleged custom constituting unwritten addition to written electoral code — Respondent failing to discharge burden of proving facts to support it — With respect to argument impugned decision could be based on Indian Act, s. 81, which grants council of Indian bands by-law making power over range of subjects, where First Nation not subject to Indian Act,*

*Peuples autochtones — Gouvernance — Pouvoirs du conseil — Contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse — Le conseil de la défenderesse a cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la Loi sur les Indiens ou sur un pouvoir « inhérent » — La défenderesse a adopté son Règlement électoral coutumier actuel en mai 2014 — La demanderesse a été élue conseillère en juin 2018 — Peu après son élection, elle a découvert que certains membres du conseil et un dirigeant auraient manqué à leur obligation de fiduciaire; elle a par la suite intenté une action — Le conflit entre la demanderesse et les particuliers en cause s'est escaladé et il a culminé par l'occupation des locaux de la défenderesse — Lors d'une réunion du conseil de la défenderesse, la demanderesse a été suspendue temporairement avec solde par un projet de résolution du conseil de bande (RCB) — La RCB alléguait plus particulièrement que la demanderesse s'était livrée à un comportement fautif et qu'elle avait organisé et soutenu l'occupation — Une audience disciplinaire serait convoquée — La demanderesse a fait valoir que le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir de la suspendre, alors que la défenderesse a fait valoir plus particulièrement que la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse était prématurée — Il s'agissait de savoir si la demande de la demanderesse était prématurée et si le conseil de la défenderesse avait le pouvoir de suspendre la demanderesse — La demande de la demanderesse n'était pas prématurée — Cette affaire justifiait une exception à l'interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires — En ce qui concerne le pouvoir de suspendre un conseiller, le Règlement électoral ne confère ce pouvoir au conseil que dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquaient pas à la présente affaire — Le conseil n'a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l'ensemble des membres — Cette conclusion était suffisante pour trancher*

ss. 74-80, having adopted own election laws, by-laws made under s. 81 cannot contradict or change First Nation's electoral laws since not enacted under same authority — Also, impugned decision here not by-law purported to be made under Indian Act, s. 81 — As to argument of necessity or inherent power, relevant Indigenous legal system should determine who can exercise inherent power — In elections context, Federal Court previously holding that election laws must reflect broad consensus of membership of First Nation concerned — In doing so, Federal Court determining holder of inherent power to make such laws — Thus, respondent could not invoke Council's inherent power to suspend applicant — Same considerations applying to respondent's submission of separate concept of necessity — Application allowed.

This was an application for judicial review of a decision of the respondent's Council suspending the applicant as one of its members. The respondent's Council sought to anchor its decision in an unwritten "custom", in the by-law making provisions of the *Indian Act* or in an "inherent" power. The respondent adopted its current Customary Election Regulations in May 2014 which provide that the respondent's Council is composed of a chief and two councillors. The applicant in these proceedings was elected councillor in June 2018. Soon after her election, the applicant began asking questions about the respondent's finances. The answers she obtained led her to file an action in the Alberta Court of Queen's Bench, alleging a breach by some Council members and an officer of their fiduciary duty towards the respondent. While the conflict between the applicant and the individuals involved escalated, it culminated in a blockade of the respondent's premises in 2019. The applicant's role in these events was in dispute and it was alleged that the applicant had organized and supported the blockade.

*l'affaire — L'argument de la défenderesse selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir a néanmoins été examiné — La coutume alléguée constituait un ajout non écrit à un code électoral écrit — La défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière — En ce qui concerne l'argument selon lequel la décision contestée pourrait être fondée sur l'art. 81 de la Loi sur les Indiens, qui confère au conseil des bandes indiennes le pouvoir de prendre des règlements concernant une gamme de sujets, lorsqu'une Première Nation n'est pas assujettie aux art. 74 à 80 de la Loi sur les Indiens et a adopté ses propres lois électorales, les règlements administratifs pris en application de l'art. 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d'une Première Nation, puisqu'ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir — En outre, la décision contestée n'était pas un règlement censé être pris en application de l'art. 81 de la Loi sur les Indiens — En ce qui concerne l'argument relatif à la nécessité ou au pouvoir inhérent, le système juridique autochtone pertinent devrait déterminer le titulaire du pouvoir inhérent — Dans le contexte des élections, la Cour fédérale a déjà conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée — Ce faisant, la Cour fédérale a déterminé qui a le pouvoir inhérent d'adopter de telles lois — La défenderesse ne pouvait donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la demanderesse — Les mêmes considérations s'appliquaient à l'égard de l'argument de la défenderesse relatif à une notion distincte de nécessité — Demande accueillie.*

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse. Le conseil de la défenderesse a cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* ou sur un pouvoir « inhérent ». La défenderesse a adopté en mai 2014 son Règlement électoral coutumier actuel, qui prescrit que le conseil de la défenderesse est composé d'un chef et de deux conseillers. La demanderesse dans la présente instance a été élue conseillère en juin 2018. Peu après son élection, elle a commencé à poser des questions sur les finances de la défenderesse. Les réponses qu'elle a obtenues l'ont amenée à intenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, alléguant que certains membres du conseil et un dirigeant avaient manqué à leur obligation de fiduciaire envers la défenderesse. Le conflit entre la demanderesse et les particuliers en cause s'est escaladé et il a culminé par l'occupation des locaux de la défenderesse en 2019. Le rôle de la demanderesse dans ces événements était contesté, et l'on a allégué que la demanderesse avait organisé et soutenu l'occupation.

In the meantime, at a meeting of the respondent's Council, the applicant was presented with a draft band council resolution (BCR) suspending her temporarily with pay. The BCR stated that it was made pursuant to the inherent authority, rooted in the respondent's custom, to suspend members of Council in circumstances where it is justified to ensure harmony in the community. It alleged in particular that the applicant had engaged in wrongful conduct and that she had organized and supported the blockade. The BCR then stated that the applicant was suspended with pay on an interim basis and that a disciplinary hearing would take place at a later date.

The applicant raised several arguments, in particular, that the respondent's Council did not have the power to suspend her whereas the respondent argued in particular that the applicant's judicial review application was premature since the suspension was an interim decision.

The main issues were whether the applicant's application was premature and whether the respondent's Council had the power to suspend the applicant.

*Held*, the application should be allowed.

The respondent's argument that the applicant's application should be dismissed because it was premature since it challenged what the respondent described as an interlocutory decision was rejected. There is a strong presumption against judicial intervention in administrative proceedings before the administrative recourses provided by legislation have been exhausted. This presumption against judicial review of interlocutory decisions is particularly relevant in the Indigenous context. The exclusion of judicial review based on the existence of an alternative adequate remedy remains discretionary. A number of features of this case warranted an exception to the prohibition on judicial review of interlocutory rulings. In particular, it was not even clear that the decision challenged could properly be said to be interlocutory. The Election Regulations do not provide for the suspension of a councillor in the circumstances of this case. Thus, it was hard to speak of judicial respect for legislative choices. The Council appeared to have dealt with the applicant on an entirely improvised basis and did not explicitly set out what the process would be except to say that a further hearing would be held. Moreover, the applicant took the position that the Council was biased and did not have the power to make the impugned decision. While raising issues of jurisdiction and bias does not lead to an automatic exception to the prematurity rule, in this case the process that was deployed was sufficiently problematic to warrant early review. Finally, giving effect to the prematurity objection in the present matter would be tantamount to insulating from review

Entre-temps, lors d'une réunion du conseil de la défenderesse, on a présenté à la demanderesse un projet de résolution du conseil de bande (RCB) la suspendant temporairement avec solde. La RCB indiquait qu'elle avait été adoptée conformément au pouvoir inhérent, enraciné dans la coutume de la défenderesse, de suspendre des membres du conseil dans des circonstances où la suspension est justifiée pour assurer l'harmonie dans la communauté. Elle alléguait plus particulièrement que la demanderesse s'était livrée à un comportement fautif et qu'elle avait organisé et soutenu l'occupation. La RCB prévoyait ensuite que la demanderesse était suspendue avec solde à titre provisoire et qu'une audience disciplinaire serait convoquée à une date ultérieure.

La demanderesse a avancé plusieurs arguments, plus particulièrement que le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir de la suspendre, alors que la défenderesse a fait valoir plus particulièrement que la demande de contrôle judiciaire de la demanderesse était prématurée étant donné que la suspension était une décision provisoire.

Il s'agissait principalement de savoir si la demande de la demanderesse était prématurée et si le conseil de la défenderesse avait le pouvoir de suspendre la demanderesse.

*Jugement* : la demande doit être accueillie.

L'argument de la défenderesse selon lequel la demande de la demanderesse devait être rejetée parce qu'elle était prématurée, car elle remettait en question ce que la défenderesse a qualifié de décision interlocutoire, a été écarté. Il existe une forte présomption contre l'intervention judiciaire dans les procédures administratives avant l'épuisement des recours administratifs prévus par la loi. Cette présomption contre le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires est particulièrement pertinente dans le contexte autochtone. L'exclusion du contrôle judiciaire fondé sur l'existence d'un autre recours adéquat demeure discrétionnaire. Un certain nombre d'aspects de cette affaire justifiaient une exception à l'interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires. Plus particulièrement, il n'était même pas clair que la décision attaquée pouvait être considérée à juste titre comme étant interlocutoire. Le Règlement électoral ne prévoit pas la suspension d'un conseiller dans les circonstances de l'espèce. Il était donc difficile de parler de respect judiciaire de la volonté du législateur. Le conseil semblait avoir traité avec la demanderesse de manière tout à fait improvisée et il n'a pas précisé ce que serait le processus, sauf pour indiquer qu'une autre audience aurait lieu. En outre, la demanderesse a prétendu que le conseil était partial et qu'il n'avait pas le pouvoir de prendre la décision contestée. Bien que le fait de soulever des questions de compétence et de partialité ne débouche pas sur une exception automatique à la règle de la prématurité, en l'espèce, le processus mis en place était suffisamment problématique pour mériter un examen rapide. Enfin, donner suite à l'objection concernant

a category of decisions that have the potential to undermine the good governance of First Nations.

With respect to the Council's power to suspend, the applicant argued that the Election Regulations are a "complete code" and that they do not afford the Council any power to suspend a councillor outside certain very specific situations, which were not applicable here. The respondent's Council had no power, under its Election Regulations, to suspend a councillor except in limited circumstances, which did not apply to this case. There are only two instances, in the Election Regulations, where the Council may suspend a councillor: where a councillor fails to attend three Council meetings without a valid excuse and where a councillor is charged with an indictable offence. Thus, it would be unreasonable for the Council to assume the power to suspend a councillor in any other circumstance. The Election Regulations are an expression of the will of the respondent's membership to delegate certain powers to the Council but to remain responsible for the selection of Council members. Not only are councillors elected by the membership, but they can only be removed by a vote of the members. The Council has no power to remove a councillor without a vote of the membership. While the determination that the Election Regulations do not empower the Council to suspend the applicant and constitute a complete code in this regard, leaving no space for other rules, the respondent's argument that there is an unwritten custom that would provide such a power was nevertheless reviewed.

The custom alleged was not based on Indigenous political traditions in any historical sense but rather on the respondent's recent practice of democracy. The alleged custom was in effect an unwritten addition to a written electoral code. The evidence needed to prove such a custom had to be precise enough to show that there was a broad consensus as to the manner in which those rights, powers and duties were meant to be altered. However, the respondent failed to discharge its burden of proving the facts that would underpin the alleged customary rule.

The respondent's argument that the impugned decision could, in addition to inherent or customary powers, be based on section 81 of the *Indian Act*, which grants the council of Indian bands (or First Nations) a by-law making power over a range of subjects that are typically related to local governance was addressed. Where a First Nation is not subject to sections 74–80 of the *Indian Act* (which govern council elections) and has adopted its own election laws, by-laws made under section 81 cannot contradict or change a First Nation's election laws since

la prématurité dans ce cas reviendrait à soustraire à l'examen une catégorie de décisions susceptibles de nuire à la bonne gouvernance des Premières Nations.

En ce qui concerne le pouvoir de suspension du conseil, la demanderesse a fait valoir que le Règlement électoral constitue un « code complet » et qu'il ne confère au conseil aucun pouvoir de suspendre un conseiller en dehors de certaines situations très spécifiques, qui n'étaient pas applicables en l'espèce. Le conseil de la défenderesse n'avait pas le pouvoir, aux termes de son Règlement électoral, de suspendre un conseiller, sauf dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquaient pas à la présente affaire. Le Règlement électoral ne prévoit que deux cas où le conseil peut suspendre un conseiller : lorsqu'un conseiller omet d'assister à trois réunions du conseil sans motif valable et lorsqu'un conseiller est inculpé d'un acte criminel. Il serait donc déraisonnable que le conseil s'arroge le pouvoir de suspendre un conseiller dans toute autre circonstance. Le Règlement électoral est une expression de la volonté des membres de la défenderesse de déléguer certains pouvoirs au conseil, tout en demeurant responsables de la sélection des membres du conseil. Non seulement les conseillers sont-ils élus par les membres, mais ils ne peuvent être destitués que par un vote des membres. Le conseil n'a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l'ensemble des membres. Bien que la décision selon laquelle le Règlement électoral n'autorise pas le conseil à suspendre la demanderesse et constitue un code complet à cet égard, ne laissant aucune place à d'autres règles, l'argument de la défenderesse selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir a néanmoins été examiné.

La coutume alléguée ne reposait sur aucune tradition politique autochtone, d'un point de vue historique, et elle était plutôt fondée sur la pratique récente de la démocratie au sein de la défenderesse. La coutume alléguée constituait en réalité un ajout non écrit à un code électoral écrit. La preuve nécessaire pour établir une telle coutume devait être suffisamment précise pour montrer qu'il existait un large consensus sur la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs devaient être modifiés. Or, la défenderesse ne s'est pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière.

L'argument de la défenderesse selon lequel la décision contestée pourrait, en plus des pouvoirs inhérents ou coutumiers, être fondée sur l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*, qui confère au conseil des bandes indiennes (c.-à-d. des Premières Nations) le pouvoir de prendre des règlements administratifs concernant une gamme de sujets qui sont généralement liés à la gouvernance locale, a été examiné. Lorsqu'une Première Nation n'est pas assujettie aux articles 74 à 80 de la *Loi sur les Indiens* (qui régissent les élections au conseil) et a adopté

they are not enacted pursuant to the same source of authority. First Nations election laws must be adopted by the membership or reflect the “broad consensus” of the membership. In contrast, by-laws made under section 81 do not need to be approved by a First Nation’s members, nor reflect their broad consensus. Allowing by-laws made under section 81 to do something that a First Nation’s members deliberately chose not to authorize the Council to do would upend this relationship between those two sources of authority, the membership and the Council. Moreover, the impugned decision was simply not a by-law purported to be made under section 81 of the *Indian Act*. A Council resolution or BCR is not necessarily a by-law made under section 81 and, in this case, the impugned BCR did not purport to enact a by-law.

With respect to the argument of necessity or inherent power, determining who can exercise an inherent power is a difficult issue. In principle, this should be determined by the relevant Indigenous legal system. In the elections context, the Federal Court has held that election laws must reflect the broad consensus of the membership of the First Nation concerned. In doing so, the Federal Court determined who has the inherent power to make such laws. Thus, the respondent could not invoke an inherent power of its Council to suspend the applicant. The same considerations applied to the respondent’s submission of a separate concept of necessity.

#### Translation of the Court’s Summary into Cree and Dené

The Federal Court is committed to being more accessible to Indigenous people when they wish to bring legal disputes for resolution by the Court. For example, many Court hearings are held directly in the Indigenous community or via webcast from a Courthouse; and where appropriate, Court procedure is adapted to make space for Indigenous protocols and legal traditions. With the release of today’s decision, the Court is also taking another step in making Court decisions more accessible – with a summary prepared and recorded in the Indigenous language of the parties. The Court thanks the language keepers who assisted with preparation of this summary in Cree and Dené.

*May 24, 2019 hulta k’e – Denesiyaniłti nedhé ha K’olderé Sébastien Grammond Federal Court Denesiyaniłti kuę nedhe hots’ı t’a yatı thełtsı ęerihł’ıs hulta T-146-19:*

ses propres lois électorales, les règlements administratifs pris en application de l’article 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d’une Première Nation, puisqu’ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir. Les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le « large consensus » de leurs membres. En revanche, il n’est pas nécessaire que les règlements pris en application de l’article 81 soient approuvés par les membres d’une Première Nation ou qu’ils reflètent leur large consensus. Autoriser les règlements administratifs pris en application de l’article 81 à faire quelque chose que les membres d’une Première Nation ont délibérément choisi de ne pas autoriser le conseil à faire détruirait cette relation entre ces deux sources d’autorité, à savoir l’ensemble des membres et le conseil. En outre, la décision contestée n’était tout simplement pas un règlement censé être pris en application de l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*. Une résolution du conseil ou une RCB n’est pas nécessairement un règlement administratif pris en application de l’article 81 et, dans la présente affaire, la RCB contestée ne visait pas à édicter un règlement administratif.

En ce qui concerne l’argument relatif à la nécessité ou au pouvoir inhérent, identifier le titulaire d’un pouvoir inhérent n’est pas toujours facile. En principe, la question devrait être résolue par le système juridique autochtone pertinent. Dans le contexte des élections, la Cour fédérale a conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée. Ce faisant, la Cour fédérale a déterminé qui a le pouvoir inhérent d’adopter de telles lois. La défenderesse ne pouvait donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la demanderesse. Les mêmes considérations s’appliquaient à l’égard de l’argument de la défenderesse relatif à une notion distincte de nécessité.

#### Traduction du sommaire de la Cour en cri et en déné

La Cour fédérale s’est engagée à devenir plus accessible aux peuples autochtones qui souhaitent présenter leurs différends à la Cour. À titre d’exemple, plusieurs audiences sont tenues directement dans les communautés autochtones ou y sont transmises par lien vidéo à partir d’une salle d’audience. Lorsque cela est approprié, la procédure de la Cour est adaptée afin de ménager un espace pour les protocoles et les traditions juridiques autochtones. La publication de la décision d’aujourd’hui, accompagnée d’un sommaire écrit et lu oralement dans les langues autochtones concernées, marque une nouvelle étape afin de rendre les décisions de la Cour plus accessibles. La Cour remercie les gardiens de la langue qui ont préparé ce sommaire en cri et en déné.

*May 24, 2019 hulta k’e – Denesiyaniłti nedhé ha K’olderé Sébastien Grammond Federal Court Denesiyaniłti kuę nedhe hots’ı t’a yatı thełtsı ęerihł’ıs hulta T-146-19 : Samantha*

***Samantha Whalen zediri Fort McMurray No. 448 nih hudzai Denedédłhne k'oldé haralzá ghá nayałtı***

**ʔena Cree chu Dené yatíe ʔa t'anodher sı begha yası detł'is ʔeja**

Ku Denesiyaniłtı Kuę nedhé Federal Court k'ı hotie t'a losı denedédłhne ʔedek'edı horełzıh dé ba nıt'a hoza t'oho losı Denesiyaniłtı kuę nedhé ʔası ghá nayałtı horełzıh dé. Ku zediri łat'e ʔası hats'edı sı, t'oho ʔası behayati dé ʔeja Denesiyaniłtı Kuę nedhé yısı dene nalé hıle huto t'ok'e nodhı hots'ı bo-ret'ı dene xa; ku t'oho hoza dé, Denesiyaniłtı kuę yısı dene ch'alanie huto dene ts'ı ʔası hel halddhęn ıı. ʔa dıhı t'a yatı beredı sı ʔeja, t'a Denesiyaniłtı Kuę nedhé yunadhe honátthé nadaret'eth godhé hası zediri denedédłhne hel ʔası dałtı ha ʔá, k'ani hıdı t'atthé sı dene yatıe ʔa begha yası yatı detł'is sı t'a dene beł ʔası nodher sı bá. ʔeyı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé zediri denedédłhne yatıe ʔa nuhets'edarıni marsı danıdheęn sı, Dene chu ʔena yatıe t'a zediri ʔerıhtł'is selyá sı bası.

**T'a yatı nedhé holı hots'ı ʔeja yası yatı hulchú sı**

January 2019 neęe k'é, Fort McMurray First Nation Denedédłhne ha k'oldé, ʔılaghé dene Samantha Whalen k'oldé hel thedá ni beredı ni. Ku t'a k'oldé hadanıdhı hu Councillor Whalen ʔeltth'ılé ʔası k'anádher ni ʔá, ku ʔılaghé due nólther hadé, nahıye ʔerıhtł'is tsamba ghetł'el bası nani dene ʔeyer ʔerıhtł'is kuę darıdél hu ʔeyı dene ts'eni ha yerıni ni.

Ku ʔeyı dene hel k'olderé ghıle ni Whalen dene t'a k'oldé ʔeltth'ıle beredı henı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé ts'ęn dene ghá nayałtı ni, t'a k'oldé bebá hoza hıle ni ʔa dene hereni ha dué ʔá henı ni.

Ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé Councillor Whalen ts'edarıni, ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé t'anadé yatı thełtı hadé, Fort McMurray First Nation denedédłhne haralzá t'at'u dene xa ʔehıgıdh ʔerıhtł's nedhé bets'ı sı election code hulyé ʔa ʔedek'edı ni. ʔeyı t'a k'oldé haradı hu nuhebá hoza sı dene heredı ha t'oho losı ʔılaghe hutó ʔası due nólther dé ha bek'e detł'is gharé. Kuli, Denesiyaniłtı kuę nedhé t'a hulza hadé Councillor Whalen t'aholtsı hets'edı thełtıle ni. ʔeyı ʔa t'a k'oldé yereni ha dué ni t'a detł'is gharé hıle ni ʔá

Ku t'a k'oldé zediri yatı ʔa ʔedek'edı kot'ı ʔası holé ha nuheba hoza ʔá dadı ʔası sughua ghetł'el hadé nuhenęe k'eyaghé. ʔeyı ʔa yunı 25 neęe t'a hudher sı, ʔanı Councillors hedarıni ni. ʔeyı t'anodher sı Denesiyaniłtı Kuę Nedhé yets'erenıle zediri Denedédłhne haralzá k'ı. ʔeyı hots'ı nadene zediri ʔerıhtł'is nedhé bet'a ʔehıgıdh k'enats'edé yatı ʔa ni. Ku ʔılaghé ʔedıni t'anıdheęn ʔa ʔenat'é ni. ʔeyı ʔa ʔeja Dene haralzá

***Whalen zediri Fort McMurray No. 448 nih hudzai Denedédłhne k'oldé haralzá ghá nayałtı***

**ʔena Cree chu Dené yatíe ʔa t'anodher sı begha yası detł'is ʔeja**

Ku Denesiyaniłtı Kuę nedhé Federal Court k'ı hotie t'a losı denedédłhne ʔedek'edı horełzıh dé ba nıt'a hoza t'oho losı Denesiyaniłtı kuę nedhé ʔası ghá nayałtı horełzıh dé. Ku zediri łat'e ʔası hats'edı sı, t'oho ʔası behayati dé ʔeja Denesiyaniłtı Kuę nedhé yısı dene nalé hıle huto t'ok'e nodhı hots'ı bo-ret'ı dene xa; ku t'oho hoza dé, Denesiyaniłtı kuę yısı dene ch'alanie huto dene ts'ı ʔası hel halddhęn ıı. ʔa dıhı t'a yatı beredı sı ʔeja, t'a Denesiyaniłtı Kuę nedhé yunadhe honátthé nadaret'eth godhé hası zediri denedédłhne hel ʔası dałtı ha ʔá, k'ani hıdı t'atthé sı dene yatıe ʔa begha yası yatı detł'is sı t'a dene beł ʔası nodher sı bá. ʔeyı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé zediri denedédłhne yatıe ʔa nuhets'edarıni marsı danıdheęn sı, Dene chu ʔena yatıe t'a zediri ʔerıhtł'is selyá sı bası.

**T'a yatı nedhé holı hots'ı ʔeja yası yatı hulchú sı**

January 2019 neęe k'é, Fort McMurray First Nation Denedédłhne ha k'oldé, ʔılaghé dene Samantha Whalen k'oldé hel thedá ni beredı ni. Ku t'a k'oldé hadanıdhı hu Councillor Whalen ʔeltth'ılé ʔası k'anádher ni ʔá, ku ʔılaghé due nólther hadé, nahıye ʔerıhtł'is tsamba ghetł'el bası nani dene ʔeyer ʔerıhtł'is kuę darıdél hu ʔeyı dene ts'eni ha yerıni ni.

Ku ʔeyı dene hel k'olderé ghıle ni Whalen dene t'a k'oldé ʔeltth'ıle beredı henı ʔa Denesiyaniłtı Kuę nedhé ts'ęn dene ghá nayałtı ni, t'a k'oldé bebá hoza hıle ni ʔa dene hereni ha dué ʔá henı ni.

Ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé Councillor Whalen ts'edarıni, ku zediri Denesiyaniłtı kuę nedhé t'anadé yatı thełtı hadé, Fort McMurray First Nation denedédłhne haralzá t'at'u dene xa ʔehıgıdh ʔerıhtł's nedhé bets'ı sı election code hulyé ʔa ʔedek'edı ni. ʔeyı t'a k'oldé haradı hu nuhebá hoza sı dene heredı ha t'oho losı ʔılaghe hutó ʔası due nólther dé ha bek'e detł'is gharé. Kuli, Denesiyaniłtı kuę nedhé t'a hulza hadé Councillor Whalen t'aholtsı hets'edı thełtıle ni. ʔeyı ʔa t'a k'oldé yereni ha dué ni t'a detł'is gharé hıle ni ʔá

Ku t'a k'oldé zediri yatı ʔa ʔedek'edı kot'ı ʔası holé ha nuheba hoza ʔá dadı ʔası sughua ghetł'el hadé nuhenęe k'eyaghé. ʔeyı ʔa yunı 25 neęe t'a hudher sı, ʔanı Councillors hedarıni ni. ʔeyı t'anodher sı Denesiyaniłtı Kuę Nedhé yets'erenıle zediri Denedédłhne haralzá k'ı. ʔeyı hots'ı nadene zediri ʔerıhtł'is nedhé bet'a ʔehıgıdh k'enats'edé yatı ʔa ni. Ku ʔılaghé ʔedıni t'anıdheęn ʔa ʔenat'é ni. ʔeyı ʔa ʔeja Dene haralzá

hotthé ba hoꝝa hilé n̄ k'at'u dene herén̄j ha t'a detl'is dathédhé ʔerihl't'is election code yé.

Denesiyan̄jlti kuę nedhé t'a yati thełtsı Council t'a dene her̄n̄j yati thełtsı nar̄łdé sı chu Councillor Whalen bela tl'anah̄ꝝa sı.

*opiniyāwēhowi-p̄sim 24, 2019 – oyasiwēwin k̄-pakitinikātēw anohc ohci Justice Sébastien Grammond okimāwīhk wiyasiwēwin ohci pihci file T-146-19: Samantha Whalen mawinēham Fort McMurray No. 448 nistam-iyiniwak*

**itwēstamākēwin ohci kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin**

okimāwīhk wiyasiwēwin āhkamēyih̄tamwak ayiwāk ta-kwayāci nēhpēm̄ina isi Nēhiyaw-iyiniw k̄spin akāwātamwak ta-pē-itohtatāt wiyasiwēwin mawinēhikēwinahk kiki maskawēy ihtamowin ohci wiyasiwēwinohk. tāpiskōc, mihcēt wiyasiwēwinohk k̄ihkihtowinahk miciminikātēw tipiskoc pihcī – nēhiyawī-māmawāyāwinohk ahpō isi webcast ohci wiyasiwēwikamihok; mīna ita katawāhk, wiyasiwēwinohk paminikēwin isi nakayāskamowin ta-tawinikihk kiki nēhiyawī-nahēyih̄towin mīna wiyasiwēwin nakayāskamowina. asici pakitinikēwin anohc ōma itēyih̄tamowin, wiyasiwēwinohk mīna otinam k̄ih̄twām yahkohtēwin ta-osihtat isi wiyasiwēwinohk itēyih̄tamowina ayiwāk ta-kwayāci nēhpēm̄ina – asici kiskinwahikēwin os̄ihcikātēw mīna masinahikātēw pihcī nēhiyawī-p̄kiskwēwin ohci parties. wiyasiwēwinohk nanāskomēw ōhi p̄kiskwēwin kanawēyih̄cikēw ēkwāna ka-w̄cihiwēt asici kwayācihtā win ōma kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin.

**kiskinwahikēwin ohci itasiwācikēwin**

isp̄hk kisē-p̄sim 2019, ōki n̄sōhkamākēwak ohci Fort McMurray nistam-iyiniwak pakitinēwak pēyak pimohtēstamakēwa, pimohtēstamakēw Samantha Whalen. ōki N̄sōhkamākēwak miskwēyih̄tamwak ēkwāna pimohtēstamakēw Whalen k̄-nōcihtāw māyahkamikisiwin, asici mīna mōskipicikēwin sōniyāwī-ācimostākēwin ohci ēkwa mīna ō-w̄cihiwēwin isi kipiskākēwin ohci nistam-iyiniwak ō-taskiwin.

pimohtēstamakēw Whalen mawinēhēw ōki n̄sōhkamākēwak ō-tēyih̄tamowina n̄kān okimāwīhk wiyasiwēwin ēwako ōma ohci n̄sōhkamākēwak namōya ayāwak maskawis̄win ta-pakitinacik.

wiyasiwēwinohk tēpakēyimow asici pimohtēstamakēw Whalen. wiyasiwēwinohk mina kanawāpahtam ēkwanima Fort McMurray nistam-iyiniwak ayāwak pimipahtāwin code, ekwa mina n̄sōhkamākēwak kispēwatam ō-tēyih̄tamowin

hotthé ba hoꝝa hilé n̄ k'at'u dene herén̄j ha t'a detl'is dathédhé ʔerihl't'is election code yé.

Denesiyan̄jlti kuę nedhé t'a yati thełtsı Council t'a dene her̄n̄j yati thełtsı nar̄łdé sı chu Councillor Whalen bela tl'anah̄ꝝa sı.

*opiniyāwēhowi-p̄sim 24, 2019 – oyasiwēwin k̄-pakitinikātēw anohc ohci Justice Sébastien Grammond okimāwīhk wiyasiwēwin ohci pihci file T-146-19: Samantha Whalen mawinēham Fort McMurray No. 448 nistam-iyiniwak*

**itwēstamākēwin ohci kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin**

okimāwīhk wiyasiwēwin āhkamēyih̄tamwak ayiwāk ta-kwayāci nēhpēm̄ina isi Nēhiyaw-iyiniw k̄spin akāwātamwak ta-pē-itohtatāt wiyasiwēwin mawinēhikēwinahk kiki maskawēy ihtamowin ohci wiyasiwēwinohk. tāpiskōc, mihcēt wiyasiwēwinohk k̄ihkihtowinahk miciminikātēw tipiskoc pihcī – nēhiyawī-māmawāyāwinohk ahpō isi webcast ohci wiyasiwēwikamihok; mīna ita katawāhk, wiyasiwēwinohk paminikēwin isi nakayāskamowin ta-tawinikihk kiki nēhiyawī-nahēyih̄towin mīna wiyasiwēwin nakayāskamowina. asici pakitinikēwin anohc ōma itēyih̄tamowin, wiyasiwēwinohk mīna otinam k̄ih̄twām yahkohtēwin ta-osihtat isi wiyasiwēwinohk itēyih̄tamowina ayiwāk ta-kwayāci nēhpēm̄ina – asici kiskinwahikēwin os̄ihcikātēw mīna masinahikātēw pihcī nēhiyawī-p̄kiskwēwin ohci parties. wiyasiwēwinohk nanāskomēw ōhi p̄kiskwēwin kanawēyih̄cikēw ēkwāna ka-w̄cihiwēt asici kwayācihtā win ōma kiskinwahikēwin isi nēhiyawēwin mīna ō-cīpwēyānimōwin.

**kiskinwahikēwin ohci itasiwācikēwin**

isp̄hk kisē-p̄sim 2019, ōki n̄sōhkamākēwak ohci Fort McMurray nistam-iyiniwak pakitinēwak pēyak pimohtēstamakēwa, pimohtēstamakēw Samantha Whalen. ōki N̄sōhkamākēwak miskwēyih̄tamwak ēkwāna pimohtēstamakēw Whalen k̄-nōcihtāw māyahkamikisiwin, asici mīna mōskipicikēwin sōniyāwī-ācimostākēwin ohci ēkwa mīna ō-w̄cihiwēwin isi kipiskākēwin ohci nistam-iyiniwak ō-taskiwin.

pimohtēstamakēw Whalen mawinēhēw ōki n̄sōhkamākēwak ō-tēyih̄tamowina n̄kān okimāwīhk wiyasiwēwin ēwako ōma ohci n̄sōhkamākēwak namōya ayāwak maskawis̄win ta-pakitinacik.

wiyasiwēwinohk tēpakēyimow asici pimohtēstamakēw Whalen. wiyasiwēwinohk mina kanawāpahtam ēkwanima Fort McMurray nistam-iyiniwak ayāwak pimipahtāwin code, ekwa mina n̄sōhkamākēwak kispēwatam ō-tēyih̄tamowin

mamisītotam isi itēyih tamowina pihcī pimipahtāwin code ēkwānima itwēmakan pimohtēstamakēwak ta-kī kētiwītsahwāw ahpō ta-kī pakitināw kīspin itōtamwak āsōnē atiht kīkway. maka, wiyasiwēwinohk miskawēwak pimohtēstamakēw Whalen namōya ēsa ēkosi kīkway kī-itotam. nīsōhkamākēwak namōya ta-kī pakitinēwak pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta-masinahikatekih ita pimipahtāwin code.

ōki nīsōhkamākēwak mīna kispēwatam ō-tēyih tamowina isi itwēwak ēkwānima kī-nīkānēyih tākwān nīstam-iyiniwak iyinihkēwin. ōki nīstam-iyiniwak itwēwak ēkwānima ispīhk aspin nīstanaw niyānanosāp askiy, kī-pakitinēwak nīsto pimohtēstamakēwak. wiyasiwēwinohk pītosēyih tam asici Nīstam-iyiniwak. wiyasiwēwinohk miskwēyih tamwak ēkwānima nīso ōhi pakitinikēwina kiki ēwako ohci wihcikatēw pihcī pimipahtāwin code. Kotak pakitinikēwin kī-sēhkē tēpakēyimow. tāspwāw, nīstam-iyiniwak namōya ayawak iyinihkēwin ta-pakitinacik pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta – masinahikatēkih ita pimipahtāwin code.

Wiyasiwēwinohk kīponam Nīsōhkamākēwahk ō-tasiwēwin mīna kāwi ātoskahāw pimohtēstamakēw Whalen.

#### STATUTES AND REGULATIONS CITED

*An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31<sup>st</sup> Victoria, Chapter 42, S.C. 1869, c. 6, ss. 10, 12.*  
*Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 74–80, 78(2), 81–85.1, 86.*

#### CASES CITED

##### NOT FOLLOWED:

*Whitehead v. Pelican Lake First Nation*, 2009 FC 1270, [2010] 2 C.N.L.R. 371.

##### APPLIED:

*C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332.

##### CONSIDERED:

*Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*, 2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467; *Okemow-Clark v. Lucky Man Cree First Nation*, 2008 FC 888, [2008] 4 C.N.L.R. 81; *Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1002, 86 Admin.

mamisītotam isi itēyih tamowina pihcī pimipahtāwin code ēkwānima itwēmakan pimohtēstamakēwak ta-kī kētiwītsahwāw ahpō ta-kī pakitināw kīspin itōtamwak āsōnē atiht kīkway. maka, wiyasiwēwinohk miskawēwak pimohtēstamakēw Whalen namōya ēsa ēkosi kīkway kī-itotam. nīsōhkamākēwak namōya ta-kī pakitinēwak pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta-masinahikatekih ita pimipahtāwin code.

ōki nīsōhkamākēwak mīna kispēwatam ō-tēyih tamowina isi itwēwak ēkwānima kī-nīkānēyih tākwān nīstam-iyiniwak iyinihkēwin. ōki nīstam-iyiniwak itwēwak ēkwānima ispīhk aspin nīstanaw niyānanosāp askiy, kī-pakitinēwak nīsto pimohtēstamakēwak. wiyasiwēwinohk pītosēyih tam asici Nīstam-iyiniwak. wiyasiwēwinohk miskwēyih tamwak ēkwānima nīso ōhi pakitinikēwina kiki ēwako ohci wihcikatēw pihcī pimipahtāwin code. Kotak pakitinikēwin kī-sēhkē tēpakēyimow. tāspwāw, nīstam-iyiniwak namōya ayawak iyinihkēwin ta-pakitinacik pimohtēstamakēwa piko kīkway ohci maka anihī piko ta – masinahikatēkih ita pimipahtāwin code.

Wiyasiwēwinohk kīponam Nīsōhkamākēwahk ō-tasiwēwin mīna kāwi ātoskahāw pimohtēstamakēw Whalen.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte pourvoyant à l'émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l'extension des dispositions de l'acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux, S.C. 1869, ch. 6, art. 10, 12.*  
*Loi sur les indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 74–80, 78(2), 81–85.1, 86.*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISION NON SUIVIE :

*Whitehead c. Première Nation de Pelican Lake*, 2009 CF 1270.

##### DÉCISION APPLIQUÉE :

*C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Alexion Pharmaceuticals Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241; *Pastion c. Première nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467; *Okemow-Clark c. Nation crie de Lucky Man*, 2008 CF 888; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1002; *Preière nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269;

L.R. (5th) 128; *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249; *Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation Custom Council*, 2019 FC 124; *Eikland v. Johnny*, 2010 FC 854, [2010] 4 C.N.L.R. 60; *Francis v. Mohawk Council of Kanasatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 438; *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 6, [2007] 4 F.C.R. 81; *Louie v. Louie*, 2018 FC 550; *Berens River First Nation v. Gibson-Peron*, 2015 FC 614; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band*, [2001] 2 C.N.L.R. 57, (2000), 198 F.T.R. 242 (F.C.T.D.).

## REFERRED TO:

*Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713; *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364; *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160; *Sweetgrass First Nation v. Gollan*, 2006 FC 778, 55 Admin. L.R. (4th) 149; *Gadwa v. Joly*, 2018 FC 568; *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421; *Bank of Montreal v. Sasso*, 2013 FC 584, 9 C.C.E.L. (4th) 91; *Shen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Hanjra*, 2018 FC 208, 33 Admin. L.R. (6th) 34; *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383; *D'Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358; *Coutlee v. Lower Nicola Indian Band*, 2016 FCA 239; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1; *McLean v. Tallcree First Nation*, 2018 FC 962; *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, [1999] 1 C.N.L.R. 106 (F.C.T.D.); *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349; *Bruno v. Samson Cree Nation*, 2006 FCA 249, 352 N.R. 119; *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Catholique v. Band Council of Lutsel K'e First Nation*, 2005 FC 1430, 282 F.T.R. 138; *Lafferty v. Tlichio Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151; *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195; *Lafond v. Muskeg Lake First Nation*, 2008 FC 726, [2008] 3 C.N.L.R. 150; *Laboucan v. Little Red River # 447 First Nation*, 2010 FC 722, 8 Admin. L.R. (5th) 207; *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6; *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77, (1987), 15 B.C.L.R. (2d)

*Alexander c. Conseil contumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2019 CF 124; *Eikland c. Johnny*, 2010 CF 854; *Francis c. Conseil Mohawk de Kanasatake*, 2003 CFPI, [2003] 4 C.F. 1133; *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217; *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268; *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6, [2007] 4 R.C.F. 81; *Louie c. Louie*, 2018 CF 550; *Première nation de Berens River c. Gibson-Peron*, 2015 CF 614; *Gamblin c. Bande de la Nation Crie de Norway House*, [2000] A.C.F. n° 2132 (QL) (1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS CITÉES :

*Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713; *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364; *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160; *Première Nation de Sweetgrass c. Gollan*, 2006 CF 778; *Gadwa c. Joly*, 2018 CF 568; *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421; *Banque de Montréal c. Sasso*, 2013 CF 584; *Shen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Hanjra*, 2018 CF 208; *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383; *D'Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11; *Coutlee c. Bande indienne de Lower Nicola*, 2016 CAF 239; *Premières Nations de Cold Lake c. Noel*, 2018 CAF 72; *Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536; *McLean c. Tallcree First Nation*, 2018 CF 962; *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1<sup>re</sup> inst.); *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036; *Bruno c. Nation Crie de Samson*, 2006 CAF 249; *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Catholique c. Conseil de Bande de la Première Nation des Lutsel K'e*, 2005 CF 1430; *Lafferty v. Tlichio Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151; *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d'Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195; *Lafond c. Première Nation crie du lac Muskeg*, 2008 CF 726; *Laboucan c. Nation crie de Little Red River n° 447*, 2010 CF 722; *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6; *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77, (1987), 15 B.C.L.R. (2d) 145 (C.-B. C.A.); *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Bande indienne de St. Mary's c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1995] 3 C.F. 461 (1<sup>re</sup> inst), conf. par [1996] A.C.F. n° 835 (QL)

145 (B.C.C.A.); *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, (1996), 133 D.L.R. (4th) 700; *St. Mary's Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 3 F.C. 461 (T.D.), affd (1996), 136 D.L.R. (4th) 767, (1996), 198 N.R. 394 (F.C.A.); *Laforme v. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] 4 C.N.L.R. 118, (2000), 257 N.R. 78 (F.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, (1995), 122 D.L.R. (4th) 129; *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, revd on other grounds *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257; *Mercredi v. Fond du Lac Denesuline First Nation*, 2018 FC 1272; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R. (6th) 267.

(C.A.); *Laforme c. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] A.C.F. n° 629 (QL) (C.A.); *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, inf. par *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257; *Mercredi c. Première Nation dénésuline de Fond-du-Lac*, 2018 CF 1272; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48.

## AUTHORS CITED

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 2010.  
 Ghislain Otis. "Elections, Traditional Governance and the Charter" in Gordon Christie, ed., *Aboriginality and Governance: A Multidisciplinary Perspective from Québec*, Penticton, B.C.: Theytus Books, 2006.  
 Metallic, Naiomi. "Indian Act By-Laws: A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later" (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.  
 Webber, Jeremy. "The Grammar of Customary Law" (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

APPLICATION for judicial review of a decision of the respondent's Council suspending the applicant as one of its members. Application allowed.

## APPEARANCES

*Edward H. Molstad, Q.C.* and *Evan C. Duffy* for applicant.  
*Josh Jantzi* and *Anthony Mersich* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, for applicant.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Calgary, for respondent.

## DOCTRINE CITÉE

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto : University of Toronto Press, 2010.  
 Ghislain Otis. « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004), 49 *R.D. McGill* 393.  
 Metallic, Naiomi. « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later » (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.  
 Webber, Jeremy. « The Grammar of Customary Law » (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

DEMANDE de contrôle judiciaire de la décision du conseil de la défenderesse de suspendre l'une de ses membres, la demanderesse. Demande accueillie.

## ONT COMPARU

*Edward H. Molstad, c.r.*, et *Evan C. Duffy* pour la demanderesse.  
*Josh Jantzi* et *Anthony Mersich* pour la défenderesse.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

*Parlee McLaws LLP*, Edmonton, pour la demanderesse.  
*Gowling WLG (Canada) LLP*, Calgary, pour la défenderesse.

*The following are the reasons for judgment and judgment rendered in English by*

*Voici les motifs du jugement et le jugement rendus en français par*

[1] GRAMMOND J.: The Council of the Fort McMurray No. 468 First Nation (FMFN) decided to suspend one of its members, Councillor Samantha Whalen. Councillor Whalen now seeks judicial review of that decision. I am allowing her application, as FMFN's Council has no power, under its Election Regulations, to suspend a councillor except in limited circumstances, which do not apply to this case.

[2] FMFN also sought to anchor its decision in an unwritten "custom", in the by-law making provisions of the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5] or in an "inherent" power. I reject those arguments. FMFN's Election Regulations, which were adopted by FMFN's membership, are meant to be an exhaustive statement of the rules governing the election, removal and suspension of its leaders. FMFN did not prove a practice of suspending councillors that reflects a broad consensus of its membership and that would amount to a "custom". The other proposed sources of the alleged power cannot overturn the deliberate choice of FMFN's members not to empower their Council to suspend councillors.

#### I. Background and Decision Challenged

[3] FMFN adopted its current Customary Election Regulations in May 2014 (the Election Regulations). Pursuant to the Election Regulations, FMFN's Council is composed of a chief and two councillors. Ms. Whalen, the applicant in these proceedings, was elected councillor in June 2018. Mr. Ron Kreutzer Sr. is the chief and Mr. Ron Kreutzer Jr., who is Chief Kreutzer's son, is the other councillor.

[4] Soon after her election, Councillor Whalen began asking questions about FMFN's finances. What she learned, or what was kept from her, led her to file an action in the Alberta Court of Queen's Bench, alleging that Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer, and FMFN's chief

[1] LE JUGE GRAMMOND : Le conseil de la Première Nation n° 468 de Fort McMurray (PNFM) a décidé de suspendre l'une de ses membres, la conseillère Samantha Whalen. La conseillère Whalen sollicite maintenant le contrôle judiciaire de cette décision. J'accueille sa demande, parce que la PNFM n'a pas le pouvoir, aux termes de son Règlement électoral, de suspendre un conseiller, sauf dans des circonstances limitées, qui ne s'appliquent pas à la présente affaire.

[2] La PNFM a également cherché à fonder sa décision sur une « coutume » non écrite, sur les dispositions relatives à la prise de règlements administratifs de la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5] ou sur un pouvoir « inhérent ». Je rejette ces arguments. Le Règlement électoral de la PNFM, qui a été adopté par ses membres, se veut un énoncé exhaustif des règles régissant l'élection, la destitution et la suspension de ses dirigeants. La PNFM n'a pas prouvé que la pratique consistant à suspendre des conseillers reflétait un large consensus parmi ses membres et que cela constituerait une « coutume ». Les autres sources proposées du prétendu pouvoir ne permettent pas de contourner le choix délibéré des membres de la PNFM de ne pas autoriser leur conseil à suspendre des conseillers.

#### I. Historique et décision contestée

[3] La PNFM a adopté son Règlement électoral coutumier en mai 2014 (le Règlement électoral). Conformément au Règlement électoral, le conseil de la PNFM est composé d'un chef et de deux conseillers. M<sup>me</sup> Whalen, la demanderesse dans la présente instance, a été élue conseillère en juin 2018. M. Ron Kreutzer Sr. est le chef et M. Ron Kreutzer Jr., qui est le fils du chef Kreutzer, est l'autre conseiller.

[4] Peu après son élection, la conseillère Whalen a commencé à poser des questions sur les finances de la PNFM. Les informations dont elle a pris connaissance ou qu'on a refusé de lui fournir l'ont amenée à intenter une action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta,

executive officer, Mr. Bradley Callihoo, breached their fiduciary duty towards FMFN and asking them to reimburse sums of money that they allegedly appropriated.

[5] It is not necessary to give a full account of the escalating conflict between Councillor Whalen, on the one hand, and Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer and Mr. Callihoo, on the other hand, with FMFN members supporting each side.

[6] It is enough to mention the culminating event: a blockade of the FMFN premises that took place on January 7–9, 2019. It is not disputed that the directing mind behind the blockade was Ms. Velma Whittington, who unsuccessfully ran for chief in June 2018 and whose political views are closely aligned with Councillor Whalen's. What is very much in dispute was Councillor Whalen's role in those events. Councillor Whalen says that she did not take any part in the organization of the blockade, but that she acted as a mediator, attempting to persuade the blockaders to allow for the provision of certain essential services. Chief and Councillor Kreutzer, however, have alleged that Councillor Whalen organized and supported the blockade.

[7] Thus, on January 9, 2019, FMFN obtained an interim *ex parte* injunction from Justice Mah of the Alberta Court of Queen's Bench, against a number of named individuals, including Councillor Whalen. Upon learning of the injunction, however, Councillor Whalen sought to have it set aside with respect to her, on the basis that it had been obtained on the basis of incomplete or misleading information. On January 17, 2019, Justice Mah varied his order and dismissed the application for an injunction against Councillor Whalen.

[8] In the meantime, a meeting of FMFN's council was held on January 10, 2019. At that meeting, Councillor Whalen was presented with a draft band council resolution (BCR) suspending her temporarily with pay, for reasons that I will describe later. The BCR mentioned

alléguant que le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et le chef de la direction de la PNFN, M. Bradley Callihoo, avaient manqué à leur obligation de fiduciaire et leur demandant de rembourser les sommes d'argent qu'ils s'étaient prétendument appropriées.

[5] Il n'est pas nécessaire de dresser un portrait exhaustif de l'escalade du conflit entre la conseillère Whalen, d'une part, et le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo, d'autre part, avec des membres de la PNFN qui se rangent d'un côté ou de l'autre.

[6] Il suffit de mentionner l'événement culminant : l'occupation des locaux de la PNFN qui s'est déroulée du 7 au 9 janvier 2019. Nul ne conteste que l'âme dirigeante derrière l'occupation était M<sup>me</sup> Velma Whittington, qui s'est présentée sans succès pour devenir chef en juin 2018 et dont les opinions politiques sont étroitement alignées sur celles de la conseillère Whalen. C'est en revanche le rôle de la conseillère Whalen dans ces événements qui est très contesté. La conseillère Whalen dit qu'elle n'a pas pris part à l'organisation de l'occupation, mais qu'elle a agi en tant que médiatrice, en essayant de persuader les « contestataires » de permettre la fourniture de certains services essentiels. Le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer ont toutefois allégué que la conseillère Whalen avait organisé et soutenu l'occupation.

[7] Ainsi, le 9 janvier 2019, la PNFN a obtenu du juge Mah, de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, une injonction provisoire *ex parte* contre un certain nombre de personnes nommées, dont la conseillère Whalen. Toutefois, après avoir pris connaissance de l'injonction, la conseillère Whalen a demandé à la faire annuler à son égard, au motif qu'elle a été obtenue sur la base de renseignements incomplets ou trompeurs. Le 17 janvier 2019, le juge Mah a modifié sa décision et rejeté la demande d'injonction à l'encontre de la conseillère Whalen.

[8] Entre temps, une réunion du conseil de la PNFN s'est tenue le 10 janvier 2019. Lors de cette réunion, on a présenté à la conseillère Whalen un projet de résolution du conseil de bande la suspendant temporairement avec solde, pour des motifs que je décrirai plus tard. La

that a further hearing would take place on January 25, 2019. A discussion ensued, in which Councillor Whalen tried to refute certain allegations made in the BCR and asked for details with respect to others. Chief Kreutzer, Councillor Kreutzer and Mr. Callihoo did not answer her questions and insisted that she would learn about the allegations on January 25. Councillor Whalen then left the meeting. The BCR was then signed by Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer. It should also be noted that the agenda that was circulated to Councillor Whalen did not mention anything that would alert her to the fact that her suspension was contemplated.

[9] The BCR states that it is made pursuant to “the inherent authority, rooted in FMFN custom, to suspend members of Council in circumstances where it is justified to ensure harmony in the community”. It alleges that Councillor Whalen engaged in “wrongful conduct”, including the disclosure of bonuses of FMFN employees and other sensitive personal information, “holding herself out as speaking on behalf of Chief and Council”, harassing FMFN staff and interfering with their tasks, and, “most recently and most seriously”, organizing and lending support to the blockade. The BCR then provides that Councillor Whalen is suspended with pay on an interim basis and that a disciplinary hearing would be convened no later than January 25, 2019.

[10] Councillor Whalen initiated this application for judicial review on January 21, 2019. While she initially sought interim relief, a prothonotary ordered instead that this application be heard on an expedited basis.

## II. Issues and Parties’ Positions

[11] Councillor Whalen raises three main arguments in support of her application. First, she argues that FMFN’s Council did not have the power to suspend her. Second,

résolution du conseil de bande indiquait qu’une autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Une discussion s’ensuivit, au cours de laquelle la conseillère Whalen a tenté de réfuter certaines allégations formulées dans la résolution du conseil de bande et a demandé des précisions sur d’autres. Le chef Kreutzer, le conseiller Kreutzer et M. Callihoo n’ont pas répondu à ses questions et ont insisté sur le fait qu’elle en apprendrait davantage sur les allégations le 25 janvier. La conseillère Whalen a alors quitté la réunion. La résolution du conseil de bande a ensuite été signée par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer. Il convient également de noter que l’ordre du jour qui a été envoyé à la conseillère Whalen ne mentionnait rien qui l’aurait avertie du fait que sa suspension était envisagée.

[9] La résolution du conseil de bande indique qu’elle a été adoptée conformément au [TRADUCTION] « pouvoir inhérent, enraciné dans la coutume de la PNFM, de suspendre des membres du conseil dans des circonstances où la suspension est justifiée pour assurer l’harmonie dans la communauté ». Elle allègue que la conseillère Whalen s’est livrée à un [TRADUCTION] « comportement fautif », notamment la divulgation des primes des employés de la PNFM et d’autres renseignements personnels de nature délicate, [TRADUCTION] « en se présentant comme porte-parole du chef et du conseil », en harcelant le personnel de la PNFM et en s’ingérant dans ses tâches et, [TRADUCTION] « plus récemment et plus sérieusement », en organisant et en soutenant l’occupation. La résolution du conseil de bande prévoit ensuite que la conseillère Whalen est suspendue avec solde à titre provisoire et qu’une audience disciplinaire serait convoquée au plus tard le 25 janvier 2019.

[10] La conseillère Whalen a déposé la présente demande de contrôle judiciaire le 21 janvier 2019. Bien qu’elle ait initialement demandé une ordonnance provisoire, une protonotaire a ordonné que la demande soit entendue de manière accélérée.

## II. Questions en litige et positions des parties

[11] La conseillère Whalen avance trois arguments principaux à l’appui de sa demande. Premièrement, elle soutient que le conseil de la PNFM n’avait pas le pouvoir

she complains that the process leading to the adoption of the January 10, 2019 BCR was unfair. Third, she asserts that the decision to suspend her was unreasonable in light of the evidence that was or should have been considered by the Council.

[12] On its part, FMFN argues that Councillor Whalen's application is premature. It says that the suspension was an interim decision that this Court should not review. Instead, Councillor Whalen should have waited for the definitive decision that the Council was supposed to make on January 25, 2019. FMFN also asserts that it has the power to suspend a councillor, that the decision made on January 10, 2019 complied with the requirements of procedural fairness and that it was reasonable on the merits.

### III. Analysis

[13] I am of opinion that Councillor Whalen's application is not premature and that FMFN's Council did not have the power to suspend her. As a result, I need not address the other issues raised by the parties.

[14] I am well aware that the dispute between the parties goes well beyond the subject-matter of this application. At the hearing, I indicated to the parties that I had no intention of pronouncing upon the facts pleaded in the action before the Alberta Court of Queen's Bench. Accordingly, these reasons should not be taken as an expression of opinion about those other matters.

#### A. *Prematurity*

[15] FMFN first argues that Councillor Whalen's application should be dismissed because it is premature, as it challenges what FMFN describes as an interlocutory decision.

[16] Judicial review has a discretionary nature: *Strickland v. Canada (Attorney General)*, 2015 SCC 37, [2015] 2 S.C.R. 713, at paragraph 37. That means that an applicant does not have a strict entitlement to a ruling

de la suspendre. Deuxièmement, elle se plaint que le processus menant à l'adoption de la résolution du conseil de bande du 10 janvier 2019 était inéquitable. Troisièmement, elle affirme que la décision de la suspendre était déraisonnable à la lumière des éléments de preuve que le conseil avait pris ou aurait dû prendre en considération.

[12] La PNFM soutient pour sa part que la demande de la conseillère Whalen est prématurée. Elle affirme que la suspension était une décision provisoire que la Cour ne devrait pas examiner. La conseillère Whalen aurait plutôt dû attendre la décision définitive que le conseil était censé prendre le 25 janvier 2019. La PNFM affirme également qu'elle a le pouvoir de suspendre un conseiller, que la décision prise le 10 janvier 2019 était conforme aux exigences relatives à l'équité procédurale et qu'elle était raisonnable sur le fond.

### III. Analyse

[13] Je suis d'avis que la demande de la conseillère Whalen n'est pas prématurée et que le conseil de la PNFM n'a pas le pouvoir de la suspendre. Par conséquent, je n'ai pas besoin d'aborder les autres questions soulevées par les parties.

[14] Je suis bien conscient que le différend entre les parties va bien au-delà de l'objet de la présente demande. À l'audience, j'ai indiqué aux parties que je n'avais pas l'intention de me prononcer sur les faits allégués dans l'action devant la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. Par conséquent, ces motifs ne doivent pas être considérés comme une expression d'opinion sur ces autres questions.

#### A. *La prématurité*

[15] La PNFM a d'abord fait valoir que la demande de la conseillère Whalen devrait être rejetée parce qu'elle est prématurée, car elle remet en question ce que la PNFM qualifie de décision interlocutoire.

[16] Le contrôle judiciaire a un caractère discrétionnaire : *Strickland c. Canada (Procureur général)*, 2015 CSC 37, [2015] 2 R.C.S. 713, au paragraphe 37. Cela signifie qu'un demandeur n'a pas un droit strict à

on the merits. The Court has the discretionary power to refuse to hear an application, taking into account a range of factors that have been recognized by case law—for example, where there is an adequate alternative remedy within the administrative process.

[17] Justice David Stratas of the Federal Court of Appeal described this doctrine as follows in *C.B. Powell Limited v. Canada (Border Services Agency)*, 2010 FCA 61, [2011] 2 F.C.R. 332, at paragraphs 30–31:

The normal rule is that parties can proceed to the court system only after all adequate remedial recourses in the administrative process have been exhausted. ...

Administrative law judgments and textbooks describe this rule in many ways: the doctrine of exhaustion, the doctrine of adequate alternative remedies, the doctrine against fragmentation or bifurcation of administrative proceedings, the rule against interlocutory judicial reviews and the objection against premature judicial reviews. All of these express the same concept: absent exceptional circumstances, parties cannot proceed to the court system until the administrative process has run its course. This means that, absent exceptional circumstances, those who are dissatisfied with some matter arising in the ongoing administrative process must pursue all effective remedies that are available within that process; only when the administrative process has finished or when the administrative process affords no effective remedy can they proceed to court. Put another way, absent exceptional circumstances, courts should not interfere with ongoing administrative processes until after they are completed, or until the available, effective remedies are exhausted.

[18] These principles were reiterated by the Supreme Court of Canada in *Halifax (Regional Municipality) v. Nova Scotia (Human Rights Commission)*, 2012 SCC 10, [2012] 1 S.C.R. 364. In a recent case, the Federal Court of Appeal insisted once again that there is a strong presumption against judicial intervention in administrative proceedings before the administrative recourses provided by legislation have been exhausted: *Alexion Pharmaceuticals Inc. v. Canada (Attorney General)*,

une décision sur le fond. La Cour dispose du pouvoir discrétionnaire de refuser d'entendre une demande, en tenant compte d'un ensemble de facteurs reconnus par la jurisprudence, par exemple, lorsqu'il existe un autre recours approprié dans le cadre du processus administratif.

[17] Cette doctrine a été décrite de la manière suivante par le juge David Stratas de la Cour d'appel fédérale, dans l'arrêt *C.B. Powell Limited c. Canada (Agence des services frontaliers)*, 2010 CAF 61, [2011] 2 R.C.F. 332, aux paragraphes 30 et 31 :

En principe, une personne ne peut s'adresser aux tribunaux qu'après avoir épuisé toutes les voies de recours utiles qui lui sont ouvertes en vertu du processus administratif [...]

La doctrine et la jurisprudence en droit administratif utilisent diverses appellations pour désigner ce principe : la doctrine de l'épuisement des recours, la doctrine des autres voies de recours adéquates, la doctrine interdisant le fractionnement ou la division des procédures administratives, le principe interdisant le contrôle judiciaire interlocutoire et l'objection contre le contrôle judiciaire prématuré. Toutes ces formules expriment la même idée : à défaut de circonstances exceptionnelles, les parties ne peuvent s'adresser aux tribunaux tant que le processus administratif suit son cours. Il s'ensuit qu'à défaut de circonstances exceptionnelles, ceux qui sont insatisfaits de quelque aspect du déroulement de la procédure administrative doivent exercer tous les recours efficaces qui leur sont ouverts dans le cadre de cette procédure. Ce n'est que lorsque le processus administratif a atteint son terme ou que le processus administratif n'ouvre aucun recours efficace qu'il est possible de soumettre l'affaire aux tribunaux. En d'autres termes, à défaut de circonstances exceptionnelles, les tribunaux ne peuvent intervenir dans un processus administratif tant que celui-ci n'a pas été mené à terme ou tant que les recours efficaces qui sont ouverts ne sont pas épuisés.

[18] Ces principes ont été réitérés par la Cour suprême du Canada dans la décision *Halifax (Regional Municipality) c. Nouvelle-Écosse (Human Rights Commission)*, 2012 CSC 10, [2012] 1 R.C.S. 364. Dans une affaire récente, la Cour d'appel fédérale a de nouveau insisté sur le fait qu'il existait une forte présomption contre l'intervention judiciaire dans les procédures administratives avant l'épuisement des recours administratifs prévus par la loi : *Alexion Pharmaceuticals*

2017 FCA 241, 154 C.P.R. (4th) 165 (*Alexion*), at paragraphs 47–56.

[19] This presumption against judicial review of interlocutory decisions is particularly relevant in the Indigenous context. As I mentioned in *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467 (*Pastion*), at paragraph 23, decision-making is a component of self-government. If Indigenous self-government is to be encouraged, it follows that judicial intervention in Indigenous decision-making processes should be avoided whenever possible. See, in this regard, *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160 (*Edzerza*), at paragraph 26; *Sweetgrass First Nation v. Gollan*, 2006 FC 778, 55 Admin. L.R. (4th) 149, at paragraph 53; *Okemow-Clark v. Lucky Man Cree First Nation*, 2008 FC 888, [2008] 4 C.N.L.R. 81 (*Okemow-Clark*), at paragraph 24; *Gadwa v. Joly*, 2018 FC 568 (*Gadwa*), at paragraph 71.

[20] The exclusion of judicial review based on the existence of an alternative adequate remedy remains discretionary. The cases cited above recognize that there may be exceptions and that, all things considered, the judge may nevertheless hear the application. These cases also forbid a categorical approach to those exceptions. In other words, the fact that the arguments raised in a case belong to a particular category (for example, “jurisdictional questions”, bias or procedural fairness) does not mean that the application for judicial review will automatically be considered on its merits. For that reason, it is difficult to generalize from decisions that have rejected the prematurity argument: see, for example, *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421, at paragraph 24; *Bank of Montreal v. Sasso*, 2013 FC 584, 9 C.C.E.L. (4th) 91, at paragraph 16; *Almrei v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2014 FC 1002, 86 Admin. L.R. (5th) 128 (*Almrei*); *Shen v. Canada (Citizenship and Immigration)*, 2016 FC 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238, at paragraph 27; *Canada (Citizenship and Immigration) v. Hanjra*, 2018 FC 208, 33 Admin. L.R. (6th) 34, at paragraphs 19–21.

*Inc. c. Canada (Procureur général)*, 2017 CAF 241 (*Alexion*), aux paragraphes 47 à 56.

[19] Cette présomption contre le contrôle judiciaire des décisions interlocutoires est particulièrement pertinente dans le contexte autochtone. Comme je l’ai mentionné dans la décision *Pastion c. Première Nation Dene Tha’*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467 (*Pastion*), au paragraphe 23, la prise de décisions est une composante de l’autonomie gouvernementale. Si l’autonomie gouvernementale des Peuples autochtones doit être encouragée, il s’ensuit que l’intervention judiciaire dans les processus décisionnels autochtones doit être évitée autant que possible. Voir, à cet égard, les décisions *Edzerza v. Kwanlin Dün First Nation*, 2008 YKCA 8, 256 B.C.A.C. 160 (*Edzerza*), au paragraphe 26; *Première Nation de Sweetgrass c. Gollan*, 2006 CF 778, au paragraphe 53; *Okemow-Clark c. Nation crie de Lucky Man*, 2008 CF 888 (*Okemow-Clark*), au paragraphe 24; *Gadwa c. Joly*, 2018 CF 568 (*Gadwa*), au paragraphe 71.

[20] L’exclusion du contrôle judiciaire fondé sur l’existence d’un autre recours adéquat demeure discrétionnaire. Les affaires précitées reconnaissent qu’il peut y avoir des exceptions et que, tout bien considéré, le juge peut néanmoins entendre la demande. Ces affaires interdisent également une approche catégorique à l’égard de ces exceptions. En d’autres termes, le fait que les arguments soulevés dans une affaire appartiennent à une catégorie particulière (par exemple, les « questions de compétence », la partialité ou l’équité procédurale) ne signifie pas que la demande de contrôle judiciaire sera automatiquement examinée quant au fond. Pour cette raison, il est difficile de généraliser à partir de décisions ayant rejeté l’argument de la prématurité : voir, par exemple, *ICBC v. Yuan*, 2009 BCCA 279, 310 D.L.R. (4th) 421, au paragraphe 24; *Banque de Montréal c. Sasso*, 2013 CF 584, au paragraphe 16; *Almrei c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2014 CF 1002 (*Almrei*); *Shen c. Canada (Citoyenneté et Immigration)*, 2016 CF 70; *Nova Scotia (Attorney General) v. MacLean*, 2017 NSCA 24, 21 Admin. L.R. (6th) 238, au paragraphe 27; *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Hanjra*, 2018 CF 208, aux paragraphes 19 à 21.

[21] The best approach, it seems, is to consider all the relevant factors in a holistic manner, keeping in mind the reasons that justify the presumption against premature judicial review. In *Almrei*, at paragraph 34, my colleague Justice Richard Mosley summarized the relevant factors as follows: “(1) hardship to the applicant, (2) waste, (3) delay, (4) fragmentation, (5) strength of the case and (6) the statutory context.” The reasons for the presumption against premature judicial review were summarized as follows in *Alexion*, at paragraph 49:

... avoidance of multiplicity of proceedings, avoidance of the waste associated with interlocutory judicial review applications when the applicant for judicial review may succeed at the end of the administrative process anyway, ensuring that the court has the benefit of the administrative decision-maker’s findings, and judicial respect for the legislative decision to invest administrative agencies with decision-making authority.

[22] A number of features of this case warrant an exception to the prohibition on judicial review of interlocutory rulings.

[23] First, it is not even clear that the decision challenged can properly be said to be interlocutory. The Election Regulations do not provide for the suspension of a councillor in the circumstances of this case. Thus, it is hard to speak of judicial respect for legislative choices. The Council appears to have dealt with Councillor Whalen on an entirely improvised basis. It did not explicitly set out what the process would be, except to say that a further hearing would be held on January 25, 2019. When cross-examined on the subject, Mr. Callihoo was unable to provide much clarification, beyond mentioning that the hearing would be “presided over” by Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer (applicant’s record (AR), at page 298). A decision-making body that embarks on such a course of conduct cannot shield itself from judicial review simply by announcing that its decision is not definitive and that there will be further proceedings. If that were so, one could imagine that Council, having made a “definitive” decision to

[21] La meilleure approche, semble-t-il, consiste à examiner tous les facteurs pertinents de manière globale, en gardant à l’esprit les raisons qui justifient la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré. Dans la décision *Almrei*, au paragraphe 34, mon collègue le juge Richard Mosley a résumé les facteurs pertinents de la manière suivante : « (1) le préjudice subi par le demandeur, (2) le gaspillage, (3) le retard, (4) la division des questions en litige, (5) le bien-fondé des prétentions du demandeur, (6) le contexte législatif ». Les raisons d’être de la présomption contre le contrôle judiciaire prématuré ont été résumées ainsi dans la décision *Alexion*, au paragraphe 49 :

[...] d’éviter la multiplicité des procédures et le gaspillage des ressources que suppose la présentation de demandes de contrôle judiciaire interlocutoires lorsque le demandeur pourrait de toute façon obtenir gain de cause à l’issue du processus administratif ainsi que l’opportunité de veiller à ce que la cour de révision bénéficie des conclusions du décideur administratif et la nécessité pour les cours de justice de respecter la décision du législateur d’octroyer à des organismes administratifs un pouvoir décisionnel.

[22] Un certain nombre d’aspects de cette affaire justifient une exception à l’interdiction du contrôle judiciaire des décisions interlocutoires.

[23] Premièrement, il n’est même pas clair que la décision attaquée puisse être considérée à juste titre comme interlocutoire. Le Règlement électoral ne prévoit pas la suspension d’un conseiller dans les circonstances de l’espèce. Il est donc difficile de parler de respect judiciaire de la volonté du législateur. Le conseil semble avoir traité avec la conseillère Whalen de manière tout à fait improvisée. Il ne précisait pas ce que serait le processus, sauf pour indiquer qu’une autre audience aurait lieu le 25 janvier 2019. Contre-interrogé à ce sujet, M. Callihoo n’a pas été en mesure de fournir beaucoup d’éclaircissements. Il a simplement affirmé que l’audience serait « présidée » par le chef Kreutzer et le conseiller Kreutzer (dossier de la demanderesse, à la page 298). Un organe décisionnel qui s’engage dans un tel processus ne peut se soustraire au contrôle judiciaire simplement en annonçant que sa décision n’est pas définitive et qu’il y aura d’autres procédures. Si tel était le cas, on pourrait imaginer que le conseil, ayant pris la décision « définitive »

suspend Councillor Whalen, would then argue that this is only the prelude to a removal, thus still interlocutory and therefore shielded from immediate judicial review. The prematurity doctrine cannot be allowed to be manipulated in such a way. Indeed, there was, and there is still no written guarantee as to what process would be followed by Council if I were to dismiss this application as premature.

[24] Second, the impugned decision must be replaced in the context of the ongoing dispute between Councillor Whalen and Chief Kreutzer and Councillor Kreutzer. This dispute has led both parties to initiate legal proceedings against the other. In *Almrei* (at paragraph 36), Justice Mosley noted that the leading cases on prematurity arose in the context of a single, discrete proceeding. Here, as in *Almrei*, the parties are engaged in multifaceted litigation and the impugned decision is merely a new battle in an ongoing war. In those exceptional circumstances, an early review of the validity of this attempt to open a new front may actually reduce delay, cost and the fragmentation of proceedings, rather than increase them.

[25] Third, Councillor Whalen takes the position that the Council was biased and did not have the power to make the impugned decision. While raising issues of jurisdiction and bias does not lead to an automatic exception to the prematurity rule, in this case I am convinced that the process that has been deployed is sufficiently problematic to warrant early review by this Court. Moreover, the jurisprudence on prematurity appears to have developed mainly in the context of adjudicative decision-making, where the process and the jurisdiction of the bodies involved are defined by legislation. In the present case, however, there is no legislation providing for the suspension of councillors. The decision was not made by an independent adjudicative body, such as a First Nation's judicial council (as in *Edzerza*), but by Councillor Whalen's political adversaries.

de suspendre la conseillère Whalen, soutiendrait alors qu'il ne s'agit que du préluce à une destitution, donc toujours une décision interlocutoire qui serait à l'abri d'un contrôle judiciaire immédiat. On ne peut tolérer que la doctrine de la prématurité soit manipulée de cette manière. En effet, il n'y avait et il n'y a toujours aucune garantie écrite quant au processus que suivrait le conseil si je rejetais la présente demande en raison de son caractère prématuré.

[24] Deuxièmement, la décision attaquée doit être remplacée dans le contexte du différend qui oppose toujours la conseillère Whalen au chef Kreutzer et au conseiller Kreutzer. Ce différend a conduit chaque partie à entamer des poursuites judiciaires à l'encontre de l'autre. Dans la décision *Almrei* (au paragraphe 36), le juge Mosley a souligné que les principales affaires concernant la prématurité tiraient leur origine d'une instance unique et bien circonscrite. En l'espèce, comme dans la décision *Almrei*, les parties sont engagées dans des litiges complexes et la décision attaquée n'est qu'une nouvelle bataille dans une guerre qui perdure. Dans ces circonstances exceptionnelles, un examen rapide de la validité de cette tentative d'ouvrir un nouveau front pourrait en réalité réduire les délais, les coûts et la fragmentation des procédures, plutôt que les augmenter.

[25] Troisièmement, la conseillère Whalen prétend que le conseil était partial et n'avait pas le pouvoir de prendre la décision contestée. Bien que le fait de soulever des questions de compétence et de partialité ne débouche pas sur une exception automatique à la règle de la prématurité, je suis convaincu en l'espèce que le processus mis en place est suffisamment problématique pour mériter un examen rapide par notre Cour. En outre, la jurisprudence en matière de prématurité semble s'être développée principalement dans le contexte de processus décisionnels à caractère adjudicatif, où le processus et la compétence des entités concernées sont définis par la loi. Dans le cas présent, cependant, aucune loi ne prévoit la suspension des conseillers. La décision n'a pas été prise par un organe décisionnel indépendant, tel que le conseil judiciaire d'une Première Nation (comme dans l'affaire *Edzerza*), mais plutôt par les adversaires politiques de la conseillère Whalen.

[26] In this regard, I note that this Court has intervened in First Nations governance matters, in spite of the prematurity objection, where the process followed appears to be “completely irregular”: *Okemow-Clark*, at paragraph 27; see also *Beardy v. Beardy*, 2016 FC 383 (*Beardy*), at paragraphs 58–61.

[27] Fourth, giving effect to the prematurity objection in this case would be tantamount to insulating from review a category of decisions that have the potential to undermine the good governance of First Nations. It is in the public interest to rule on the powers of First Nations councils in similar circumstances.

[28] Thus, I dismiss FMFN’s preliminary objection.

#### B. *Council’s Power to Suspend*

[29] That brings me to the main issue in this case, namely whether FMFN’s Council had the power to suspend Councillor Whalen. In this regard, Councillor Whalen argues that the Election Regulations are a “complete code” and that they do not afford the Council any power to suspend a councillor outside certain very specific situations, which are not applicable here. On its part, FMFN does not point to any specific provision of the Election Regulations that would ground the impugned decision. Rather, FMFN argues that the Election Regulations are not an exhaustive statement of its customs and that there is an unwritten custom allowing Council to suspend a councillor. In the alternative, FMFN says that Council’s power to suspend derives from section 81 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, or from “necessity”. For the reasons that follow, I reject FMFN’s arguments and find that the Council had no power to suspend Councillor Whalen.

##### (1) Standard of Review

[30] A first step in assessing the validity of the impugned decision is to identify the applicable standard

[26] À cet égard, je remarque que la Cour est intervenue dans des affaires de gouvernance des Premières Nations, malgré l’objection concernant la prématurité, lorsque le processus suivi semble être « complètement irrégulier » : *Okemow-Clark*, au paragraphe 27; voir aussi *Beardy c. Beardy*, 2016 CF 383 (*Beardy*), aux paragraphes 58 à 61.

[27] Quatrièmement, donner suite à l’objection concernant la prématurité dans ce cas reviendrait à soustraire à l’examen une catégorie de décisions susceptibles de nuire à la bonne gouvernance des Premières Nations. Il est dans l’intérêt public de statuer sur les pouvoirs des conseils des Premières Nations dans des circonstances similaires.

[28] Par conséquent, je rejeterais l’objection préliminaire de la PNFM.

#### B. *Le pouvoir de suspension du conseil*

[29] Cela m’amène à la question principale dans cette affaire, à savoir si le conseil de la PNFM avait le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen. À cet égard, la conseillère Whalen fait valoir que le Règlement électoral constitue un « code complet » et qu’il ne confère au conseil aucun pouvoir de suspendre un conseiller en dehors de certaines situations très spécifiques, qui ne sont pas applicables en l’espèce. La PNFM, de son côté, n’identifie aucune disposition particulière du Règlement électoral qui justifierait la décision contestée. La PNFM fait plutôt valoir que le Règlement électoral ne constitue pas un énoncé exhaustif de ses coutumes et qu’il existe une coutume non écrite permettant au conseil de suspendre un conseiller. À titre subsidiaire, la PNFM affirme que le pouvoir de suspension du conseil découle de l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, ou de la « nécessité ». Pour les raisons qui suivent, je rejette les arguments de la PNFM et je conclus que le conseil n’était pas habilité à suspendre la conseillère Whalen.

##### 1) Norme de contrôle

[30] Une première étape pour évaluer la validité de la décision contestée consiste à déterminer la norme de

of review. Councillor Whalen argues that the standard is correctness, because the Council’s jurisdiction is in issue. Nevertheless, similar arguments were rejected by the Federal Court of Appeal in *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249 (*Orr*), at paragraphs 8–11. The Court noted that so-called “jurisdictional” questions are best described as statutory interpretation questions, which, according to recent Supreme Court jurisprudence, are reviewed on a standard of reasonableness. Indeed, recent decisions of the Federal Court of Appeal have uniformly reviewed decisions of First Nations bodies on a standard of reasonableness, even where they raised so-called “jurisdictional” issues: *D’Or v. St. Germain*, 2014 FCA 28, [2014] 2 C.N.L.R. 36, at paragraphs 5–7; *Johnson v. Tait*, 2015 FCA 247, 479 N.R. 298 (*Johnson*), at paragraph 28; *Lavallee v. Ferguson*, 2016 FCA 11, 480 N.R. 358, at paragraph 19; *Coutlee v. Lower Nicola Indian Band*, 2016 FCA 239, at paragraph 5; *Cold Lake First Nations v. Noel*, 2018 FCA 72, at paragraph 24.

(2) “Custom” and the Sources of Indigenous Law

[31] FMFN has invoked several sources of Indigenous law to buttress the challenged BCR. Before reviewing FMFN’s arguments, it is useful to explain what these sources are and how they stand in relation to each other.

[32] For a large number of First Nations including FMFN, the *Indian Act* states that the council is chosen according to the “custom” of the First Nation, but does not define what that “custom” is or who has the power to declare it. “Custom”, in this sense, does not necessarily mean law rooted in practice or historical tradition. As Professor John Borrows aptly noted, “not all Indigenous laws are customary at their root or in their expression, as people often assume”: *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), at page 24. A review of this Court’s jurisprudence shows that we understand “custom” to mean the norms that are the result of the exercise of the inherent law-making capacity of a First

contrôle applicable. La conseillère Whalen soutient que la norme est celle de la décision correcte, car la compétence du conseil est en cause. Néanmoins, des arguments similaires ont été rejetés par la Cour d’appel fédérale dans l’arrêt *Première Nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269 (*Orr*), aux paragraphes 8 à 11. La Cour a noté que les prétendues questions de compétence sont mieux décrites comme des questions d’interprétation législative qui, selon la jurisprudence récente de la Cour suprême, sont examinées selon la norme de la décision raisonnable. En effet, des arrêts récents de la Cour d’appel fédérale ont uniformément appliqué la norme de la décision raisonnable à l’examen de décisions rendues par des organismes des Premières Nations, même lorsque des prétendues questions de « compétence » étaient soulevées : *D’Or c. St. Germain*, 2014 CAF 28, aux paragraphes 5 à 7; *Johnson c. Tait*, 2015 CAF 247 (*Johnson*), au paragraphe 28; *Lavallee c. Ferguson*, 2016 CAF 11, au paragraphe 19; *Coutlee c. Bande indienne de Lower Nicola*, 2016 CAF 239, au paragraphe 5; *Premières Nations de Cold Lake c. Noel*, 2018 CAF 72, au paragraphe 24.

2) La « coutume » et les sources du droit autochtone

[31] La PNFN a invoqué plusieurs sources de droit autochtone pour étayer la résolution contestée. Avant de passer en revue les arguments de la PNFN, il est utile d’expliquer quelles sont ces sources et leur relation les unes par rapport aux autres.

[32] Pour un grand nombre de Premières Nations, y compris la PNFN, la *Loi sur les Indiens* énonce que le conseil est choisi en fonction de la « coutume » de la Première Nation, mais ne définit pas en quoi consiste cette « coutume » ni qui détient le pouvoir de l’énoncer. Dans ce sens, la « coutume » ne signifie pas nécessairement une loi enracinée dans la pratique ou dans la tradition historique. Comme le professeur John Borrows le soutient à juste titre, [TRADUCTION] « toutes les lois autochtones ne sont pas coutumières à la base ou dans leur expression, comme on le suppose souvent » : *Canada’s Indigenous Constitution* (Toronto : University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), à la page 24. Un examen de la jurisprudence de la Cour

Nation: *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34; *Pastion*, at paragraph 13; *Mclean v. Tallcree First Nation*, 2018 FC 962, at paragraph 10. In other words, custom “is a consensual and community-based means of producing law that, while not materially constrained by ancestral practices, enables contemporaries to find their own path between tradition and modernity” [footnote omitted]: Ghislain Otis, “Elections, Traditional Governance and the Charter” in Gordon Christie, ed., *Aboriginality and Governance: A Multidisciplinary Perspective from Québec* (Penticton, B.C.: Theytus Books, 2006) 217, at page 220. Thus, it may be preferable to use the phrase “Indigenous law” instead of “custom”. This Court has been prepared to recognize the existence of a rule of Indigenous law when it is shown to reflect the broad consensus of the membership of a First Nation: *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25 (F.C.T.D.), at page 34.

[33] There are two main manners in which such a “broad consensus” may arise. First, a law may be enacted by a majority vote of the membership of a First Nation, either at an assembly or in a referendum: *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358 (F.C.T.D.). Whether a decision of the majority of voting members constitutes a “broad consensus” depends on a number of factors, such as the adequacy of notice and procedure, the rate of participation, the practical possibility of locating members, and so forth: *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349, at paragraphs 29–35. In this regard, my colleague Justice Paul Favel recently noted that consensus is a concept that cannot be reduced to mere numbers, in *Alexander v. Roseau River Anishinabe First Nation Custom Council*, 2019 FC 124, at paragraph 18:

.... The significance and importance of indigenous laws lies in the broad community support for the laws, which are typically drafted with the guidance of respected knowledge keepers, as well as support and adherence to the bodies and the processes established by such laws.

montre que nous entendons par « coutume » les normes résultant de l’exercice de la capacité inhérente des Premières Nations d’adopter leurs propres lois (*Gamblin c. Conseil de la Nation des Cris de Norway House*, 2012 CF 1536, au paragraphe 34; *Pastion*, au paragraphe 13; *Mclean c. Tallcree First Nation*, 2018 CF 962, au paragraphe 10). En d’autres termes, la coutume « constitue plutôt un mode consensuel et communautaire de production du droit qui, sans être contraint au plan matériel par les pratiques des ancêtres, permet aux contemporains de tracer leur propre itinéraire entre tradition et modernité » [note en bas de page omise] (Ghislain Otis, « Élection, gouvernance traditionnelle et droits fondamentaux chez les peuples autochtones du Canada » (2004), 49 *R.D. McGill* 393, aux pages 402 et 403). Ainsi, il peut être préférable d’utiliser l’expression « droit autochtone » au lieu de « coutume ». Notre Cour est prête à reconnaître l’existence d’une règle de droit autochtone lorsqu’il est démontré qu’elle reflète le large consensus des membres d’une Première Nation : *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 34.

[33] Un tel « large consensus » peut survenir de deux manières principales. Premièrement, une loi peut être adoptée à la majorité des voix des membres d’une Première Nation, soit en assemblée, soit par référendum : *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1<sup>re</sup> inst.). Afin d’évaluer si une décision de la majorité des membres ayant droit de vote constitue un « large consensus », il faut examiner plusieurs facteurs, tels que l’adéquation de l’avis et de la procédure, le taux de participation, la possibilité pratique de localiser des membres, etc. : *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036, aux paragraphes 29 à 35. À cet égard, mon collègue le juge Paul Favel, a récemment souligné que le consensus était un concept qui ne peut être réduit à de simples chiffres, dans la décision *Alexander c. Conseil coutumier de la Première nation Anishinabe de Roseau River*, 2019 CF 124, au paragraphe 18 :

[...] L’importance des lois autochtones réside dans le vaste soutien communautaire quant aux lois, lesquelles sont habituellement rédigées avec les conseils de gardiens du savoir respectés, ainsi que dans le soutien et le respect des organismes et des processus établis par ces lois.

[34] Reaching consensus, defined in that manner, may indeed combine the merits of what Professor Borrows calls “deliberative” and “positivistic” sources of Indigenous law: Borrows, *Indigenous Constitution*, at pages 35–51.

[35] A First Nation may even regulate the manner in which its membership will express its “broad consensus” in the future. Many election codes or other Indigenous laws contain an amending formula that prescribes a specific procedure for their own amendment. Whether these amending formulae are binding or whether a subsequent “broad consensus” can change the law without following the amending formula is an issue I need not resolve for the purposes of this case: see the contrasting perspectives in *Bruno v. Samson Cree Nation*, 2006 FCA 249, 352 N.R. 119, at paragraph 39; and *Eikland v. Johnny*, 2010 FC 854, [2010] 4 C.N.L.R. 60, at paragraphs 25–27.

[36] A second meaning of “custom”, however, goes beyond the adoption of a law by majority vote. In that case, the “broad consensus” can be evidenced by a course of conduct which expresses the First Nation’s membership’s tacit agreement to a particular rule. This is closer to the usual meaning of the concept of “custom”, for example in international law, which involves a practice and the recognition, by the persons concerned, that the practice is binding. See also Borrows, *Indigenous Constitution*, at pages 51–55; Jeremy Webber, “The Grammar of Customary Law” (2009), 54 *McGill L.J.* 579.

[37] Relying on custom, in that sense, may be necessary where the process of adopting a law by majority vote has not come to its conclusion or where there is confusion as to the outcome: see, for example, *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Catholique v. Band Council of Lutsel K’e First Nation*, 2005 FC 1430, 282 F.T.R. 138.

[38] A more difficult situation arises where an unwritten custom is alleged to have developed alongside

[34] L’atteinte d’un consensus, définie de cette manière, peut effectivement combiner les avantages de ce que le professeur Borrows appelle les sources [TRADUCTION] « délibérantes » et « positivistes » du droit autochtone : Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 35 à 51.

[35] Une Première Nation peut même réglementer la manière dont ses membres exprimeront leur « large consensus » à l’avenir. De nombreux codes électoraux ou autres lois autochtones contiennent une formule de modification qui prescrit une procédure spécifique pour leur propre modification. La question de savoir si ces formules de modification sont contraignantes ou si un « large consensus » ultérieur peut modifier la loi sans suivre la formule de modification est une question que je n’ai pas besoin de résoudre aux fins de la présente affaire (voir les perspectives opposées dans les décisions *Bruno c. Nation Crie de Samson*, 2006 CAF 249, au paragraphe 39; et *Eikland c. Johnny*, 2010 CF 854, aux paragraphes 25 à 27).

[36] Un deuxième sens de « coutume » va toutefois au-delà de l’adoption d’une loi par un vote majoritaire. Dans ce cas, le « large consensus » peut être démontré par une ligne de conduite qui exprime l’accord tacite des membres de la Première Nation sur une règle particulière. Cela est plus proche du sens habituel du concept de « coutume », par exemple en droit international, qui implique une pratique et la reconnaissance par les personnes concernées que cette pratique est contraignante. Voir aussi Borrows, *Indigenous Constitution*, aux pages 51 à 55; Jeremy Webber, « The Grammar of Customary Law » (2009), 54 *R.D. McGill* 579.

[37] Il peut être nécessaire de recourir à la coutume, entendue en ce sens, lorsque le processus d’adoption d’une loi à la majorité n’a pas abouti ou en cas de confusion quant à l’issue : voir, par exemple, *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Catholique c. Conseil de Bande de la Première Nation des Lutsel K’e*, 2005 CF 1430.

[38] Une situation plus difficile se présente lorsqu’on allègue qu’une coutume non écrite s’est développée

a written Indigenous law. Instead of adopting a fixed rule giving priority to one type of law over another, this Court has adopted a pragmatic approach and looked at which of the two contending sources attracts the consensus of the community. In *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133 (*Francis*), my colleague Justice Luc Martineau made the following remarks (at paragraphs 35–36):

.... It is quite common that behaviours arising through attitudes, habits, abstentions, shared understandings and tacit acquiescence develop alongside a codified rule and may colour, specify, complement and sometimes even limit the text of a particular rule. Such behaviours may become the new custom of the band which will have an existence of its own and whose content will sometimes not be identical to that of the codified rule pertaining to a particular issue. In such cases, and bearing in mind the evolutionary nature of custom, one will have to ascertain whether there is a broad consensus in the community at a given time as to the content of a particular rule or the way in which it will be implemented.

For a rule to become custom, the practice pertaining to a particular issue or situation contemplated by that rule must be firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community, thus evidencing a “broad consensus” as to its applicability. This would exclude sporadic behaviours which may tentatively arise to remedy certain exceptional difficulties of implementation at a particular moment in time as well as other practices which are clearly understood within the community as being followed on a trial basis. If present, such a “broad consensus” will evidence the will of the community at a given time not to consider the adopted electoral code as having an exhaustive and exclusive character.

[39] In that case, Justice Martineau concluded that a draft election code that was purportedly adopted at a meeting of the members of the First Nation and that excluded non-residents from the right to vote did not represent the custom of the First Nation, because of the very low attendance at the meeting. Hence, it could not be said that the provisions of that draft code reflected a broad consensus. Thus, Justice Martineau relied on the consistent practice of allowing non-resident members to vote to determine what the custom was.

parallèlement à une loi autochtone écrite. Au lieu d’adopter une règle fixe donnant la priorité à un type de loi par rapport à un autre, notre Cour a adopté une approche pragmatique et a examiné laquelle des deux sources en conflit suscite le consensus de la communauté. Dans la décision *Francis c. Conseil Mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133 (*Francis*), mon collègue le juge Luc Martineau a fait les remarques suivantes (aux paragraphes 35 et 36) :

[...] Il arrive fréquemment que des attitudes, habitudes, abstentions, opinions partagées et assentiments tacites se manifestent parallèlement à l’application d’une règle codifiée et viennent préciser ou compléter le texte de celle-ci. Ces comportements peuvent devenir la nouvelle coutume de la bande qui aura une existence en soi et dont le contenu sera parfois différent de celui de la règle codifiée applicable à une question donnée. Dans ce genre de situations, compte tenu de la nature changeante de la coutume, il sera nécessaire de vérifier s’il existe un large consensus au sein de la communauté relativement au contenu d’une règle ou de la façon dont elle sera appliquée.

Pour qu’une règle devienne une coutume, la pratique se rapportant à une question ou situation donnée qui est visée par cette règle doit être fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté, ce qui démontrera un « large consensus » quant à son applicabilité. Cette description exclurait les comportements sporadiques visant à corriger des difficultés d’application exceptionnelles à un moment donné ainsi que d’autres pratiques qui sont manifestement considérées au sein de la communauté comme des pratiques suivies à titre d’essai. S’il existe, ce « large consensus » prouvera la volonté de la communauté à un moment donné de ne pas considérer le code électoral adopté comme un document exhaustif et exclusif.

[39] Dans cette affaire, le juge Martineau a conclu qu’un code électoral provisoire prétendument adopté lors d’une assemblée des membres de la Première Nation et excluant les non-résidents du droit de vote ne représentait pas la coutume de la Première Nation, en raison de la très faible participation à la réunion. On ne pouvait donc pas dire que les dispositions de ce code provisoire reflétaient un large consensus. Ainsi, le juge Martineau a invoqué la pratique constante de permettre aux membres non résidents de voter pour déterminer quelle était la coutume.

[40] In applying the analytical framework laid out by Justice Martineau in *Francis*, one should never lose sight of the difference between a deviation from the rule and the adoption of a new rule. Justice Martineau himself was alive to the issue when he cautioned that “sporadic behaviours” meant to address unforeseen circumstances do not necessarily change the law. First Nations who deliberately choose to reduce their governance principles to writing should not be deprived of the certainty associated with written law merely because that law is not strictly adhered to. However, there may be circumstances where a First Nation clearly makes a decision to change its ways without taking the trouble of amending its written law. In such a case, this Court would not do justice if it were to insist on strict adherence to written law.

[41] Before turning to the analysis of FMFN’s Election Regulations and alleged custom, it bears repeating that custom must be proved by the party who alleges it: *Orr*, at paragraph 20; *Francis*, at paragraph 21; *Beardy*, at paragraph 102; *Gadwa*, at paragraph 50.

(3) The Election Regulations are a Complete Code

[42] Councillor Whalen’s basic argument is that the Council did not have the power to suspend her, as that power is not expressly conferred by the Election Regulations. I agree with Councillor Whalen. There are only two instances, in the Election Regulations, where the Council may suspend a councillor: where a councillor fails to attend three Council meetings without a valid excuse, and where a councillor is charged with an indictable offence (section 18.8). Thus, it would be unreasonable for the Council to assume the power to suspend a councillor in any other circumstance.

[43] Councillor Whalen’s argument is supported by the decision of the Federal Court of Appeal in *Orr*, which involved an election code that bears substantial similarities with that of FMFN. As in the present case, Council purported to suspend a councillor based on an “inherent” power or an unwritten custom, in spite of the

[40] En appliquant le cadre analytique présenté par le juge Martineau dans la décision *Francis*, il ne faut jamais perdre de vue la différence entre une dérogation à la règle et l’adoption d’une nouvelle règle. Le juge Martineau lui-même était sensible à la question lorsqu’il a averti que les « comportements sporadiques » destinés à faire face à des circonstances imprévues ne changent pas nécessairement la loi. Les Premières Nations qui choisissent délibérément de donner une forme écrite à leurs principes de gouvernance ne doivent pas être privées de la certitude associée au droit écrit simplement parce que ce droit n’est pas strictement respecté. Cependant, il peut arriver qu’une Première Nation décide clairement de changer ses façons de faire sans prendre la peine de modifier sa loi écrite. Dans un tel cas, la Cour ne rendrait pas justice si elle insistait pour que la loi écrite soit strictement respectée.

[41] Avant de passer à l’analyse du Règlement électoral de la PNFM et de la coutume alléguée, il convient de répéter que la coutume doit être prouvée par la partie qui l’allègue : *Orr*, au paragraphe 20; *Francis*, au paragraphe 21; *Beardy*, au paragraphe 102; *Gadwa*, au paragraphe 50.

3) Le Règlement électoral est un code complet

[42] L’argument de base de la conseillère Whalen est que le conseil n’avait pas le pouvoir de la suspendre, ce pouvoir n’étant pas expressément conféré par le Règlement électoral. Je suis d’accord avec la conseillère Whalen. Le Règlement électoral ne prévoit que deux cas où le conseil peut suspendre un conseiller : lorsqu’un conseiller omet d’assister à trois réunions du conseil sans motif valable et lorsqu’un conseiller est inculpé d’un acte criminel (article 18.8). Il serait donc déraisonnable que le conseil s’arrogé le pouvoir de suspendre un conseiller dans toute autre circonstance.

[43] L’argument de la conseillère Whalen s’appuie sur l’arrêt *Orr* de la Cour d’appel fédérale, qui portait sur un code électoral qui présentait des similitudes importantes avec celui de la PNFM. Comme en l’espèce, le conseil a prétendu suspendre un conseiller en se fondant sur un pouvoir « inhérent » ou une coutume non écrite, malgré

fact that the election code did not grant such a power. Justice David Stratas held that it was unreasonable to find the source of such a power outside of the election code (at paragraphs 18–19):

The *Election Code* sets out very detailed, carefully constructed, and precisely worded provisions regulating when and how councillors may be removed or suspended. It would be surprising if such demanding regulation could be so easily circumvented by relying upon an undefined, general, inherent power, as the Chief and Council suggest.

The democratic backdrop of the provisions of the *Election Code* also undermines the suggestion that Council could simply act on its own based on an inherent power. As we shall see, relevant provisions of the *Election Code* require a democratic vote of the electors of the First Nation before a suspension or removal will be effective. These provisions must be interpreted in light of the fact that a councillor holds office on the basis of a majority vote of the electors of the First Nation. A paragraph in the preamble to the *Election Code* stresses that “the culture, values and flourishing of the Fort McKay First Nation [are] best advanced by...the selection and removal of leadership on the basis of democratic principles.” The relevant provisions of the *Election Code* and that paragraph in the preamble have been democratically adopted: they came into force only after a majority of the electors of the First Nation ratified the *Election Code*.

[44] As far as I can tell, the election code in *Orr* presents important similarities with FMFN’s. The preamble of FMFN’s code states that its customs “require democratic, fair and open elections”. It also contains a statement to the effect that FMFN’s “customs, policies and laws” with respect to “governance and the elections of the Chief and Council” were then contained in a previous version of the regulations, and that it was intended to replace those regulations. Section 23.1 also states that “The Regulations contained herein hereby shall replace any and all prior Election Codes, Regulations and procedures of the First Nation”. This suggests that, as in *Orr*, the Election Regulations were intended to be a “complete code”, leaving no place for the continuing operation of unwritten customs regarding the same issues.

le fait que le code électoral ne lui conférerait pas un tel pouvoir. Le juge David Stratas a déclaré qu’il était déraisonnable d’ancrer un tel pouvoir en dehors du code électoral (paragraphes 18 à 19) :

Le code électoral contient des dispositions rédigées avec soin et précision et avec force détails qui prévoient à quel moment et de quelle manière les conseillers peuvent être destitués ou suspendus. Il serait étonnant qu’on puisse contourner aussi facilement une réglementation aussi exigeante en invoquant un pouvoir inhérent général, non défini, comme l’affirment le chef et le conseil.

L’esprit démocratique qui imprègne les dispositions du code électoral affaiblit également la portée de l’argument selon lequel le conseil pourrait tout simplement agir de son propre chef en s’appuyant sur un pouvoir inhérent. Comme nous le verrons, les dispositions pertinentes du code électoral exigent un vote démocratique des électeurs de la Première Nation avant que la suspension ou destitution ne prenne effet. Ces dispositions doivent être interprétées en tenant compte du fait qu’un conseiller occupe ses fonctions en raison du vote majoritaire des électeurs de la Première Nation. Un paragraphe du préambule du code électoral souligne que [TRADUCTION] « la culture, les valeurs et l’épanouissement de la Première Nation de Fort McKay [ainsi que] la sélection et la destitution des administrateurs reposent sur des principes démocratiques ». Les dispositions pertinentes du code électoral et ce paragraphe du préambule ont été adoptés démocratiquement : ils ne sont entrés en vigueur qu’après que la majorité des électeurs de la Première Nation a ratifié le code électoral.

[44] Autant que je sache, le code électoral étudié dans l’arrêt *Orr* présente d’importantes similitudes avec celui de la PNFM. Le préambule du code de la PNFM déclare que ses coutumes [TRADUCTION] « requièrent des élections démocratiques, justes et ouvertes ». Il énonce également que les [TRADUCTION] « coutumes, politiques et lois » de la PNFM concernant [TRADUCTION] « la gouvernance et les élections du chef et du conseil » figureraient alors dans une version antérieure du règlement et que l’intention était de remplacer ce règlement. L’article 23.1 indique également que [TRADUCTION] « Le présent règlement remplace tous codes, règlements et procédures antérieurs de la Première Nation en matière d’élection ». Cela suggère que, comme dans l’affaire *Orr*, le Règlement électoral était censé être un « code complet », ne laissant aucune place à l’application des coutumes non écrites concernant les mêmes questions.

[45] Nevertheless, FMFN submits that *Orr* is distinguishable. It says that the Election Regulations do not deal with the issue of suspension with pay, as opposed to suspension without pay, and that the “complete code” provision (section 23.1) refers only to removal, not suspension. It also argues that suspension with pay is a matter of internal discipline of council members, a matter not covered by the Election Regulations.

[46] I am not sure that the distinctions that FMFN attempts to draw with *Orr* are tenable. I reject FMFN’s arguments, however, for more fundamental reasons: they are based on an incorrect analogy between employees and holders of public office and they would upend the political structure that the Election Regulations put in place.

[47] The Election Regulations are an expression of FMFN’s membership’s will to delegate certain powers to the Council, but to remain responsible for the selection of Council members. Not only are councillors elected by the membership, but they can only be removed by a vote of the members (sections 18.6 and 18.7). The Council has no power to remove a councillor without a vote of the membership.

[48] Evident in the Election Regulations is the division between two sources of political authority: FMFN’s membership and the Council. The Council is subordinated to the membership. Were it to assume a power not conferred by the Election Regulations, it would “exercise a power in violation of the wishes of the majority of electors”: *Roseau River*, at paragraph 21. Indeed, this would disregard the hierarchy between laws made by FMFN’s membership and those that the Council is empowered to make. This would be unreasonable. Laws made by the membership are analogous to constitutions—they are the supreme law of the First Nation in question, and they must be paramount to the laws and decisions made by the council: see, by analogy, *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217 (*Re Secession*), at paragraphs 72–74; see also, with

[45] Néanmoins, la PNFM affirme que l’arrêt *Orr* peut être distingué. Elle affirme que le Règlement électoral ne traite pas de la question de la suspension avec solde, par opposition à la suspension sans solde, et que la disposition relative au « code complet » (article 23.1) fait uniquement référence à la destitution, pas à la suspension. Elle soutient également que la suspension avec solde est une question de discipline interne des membres du conseil, une question qui n’est pas couverte par le Règlement électoral.

[46] Je ne suis pas sûr que les distinctions que la PNFM tente d’établir avec l’arrêt *Orr* soient soutenables. Cependant, je rejette les arguments de la PNFM pour des raisons plus fondamentales : ils reposent sur une analogie incorrecte entre les employés et les titulaires de charges publiques et bouleverseraient la structure politique mise en place par le Règlement électoral.

[47] Le Règlement électoral est une expression de la volonté des membres de la PNFM de déléguer certains pouvoirs au conseil, tout en demeurant responsables de la sélection des membres du conseil. Non seulement les conseillers sont-ils élus par les membres, mais ils ne peuvent être destitués que par un vote de l’ensemble des membres (articles 18.6 et 18.7). Le conseil n’a pas le pouvoir de destituer un conseiller sans un vote de l’ensemble des membres.

[48] Il est évident que le règlement électoral a établi une distinction entre deux sources d’autorité politique : les membres de la PNFM et le conseil. Le conseil est subordonné aux membres. S’il s’arrogeait un pouvoir non conféré par le Règlement électoral, il se trouverait à « exerc[er] un pouvoir allant à l’encontre de la volonté de la majorité des électeurs » : *Roseau River*, au paragraphe 21. En fait, cela ferait fi de la hiérarchie entre les lois adoptées par les membres de la PNFM et celles que le conseil est habilité à adopter. Ce serait déraisonnable. Les lois adoptées par l’ensemble des membres sont analogues aux constitutions. Elles constituent la loi suprême de la Première Nation en question et doivent l’emporter sur les lois et décisions incompatibles prises par le conseil : voir, par analogie, le *Renvoi relatif à la sécession du Québec*, [1998] 2 R.C.S. 217 (*Renvoi relatif à*

respect to First Nations constitutions, *Lafferty v. Tlichó Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151.

[49] In this context, the distinction suggested by FMFN between suspension and removal is untenable. Both have the same effect of preventing a councillor from exercising his or her powers and duties, including the right to participate and vote at council meetings. The rationale for withholding from the council the power to suspend (or remove) councillors is obvious. Suspension by the council would deprive FMFN electors of the right to choose their leaders. The suspension of a councillor has the practical effect of overturning the results of the election and of depriving the electors of representation: *Prince v. Sucker Creek First Nation*, 2008 FC 1268, 303 D.L.R. (4th) 438 (*Prince*), at paragraph 31. This cannot be reasonably reconciled with the purpose and structure of the Election Regulations.

[50] Moreover, representative democracy is not a “winner-takes-all” affair. While decisions may be made by the majority of a representative body such as FMFN’s Council, this must be done within a process that allows for deliberation and the expression of dissenting voices. To quote again from Professor Borrows (*Indigenous Constitution*, at pages 38–39):

Fortunately, the fact that many Indigenous laws are based on deliberative processes means that non-aligned or dissenting viewpoints can be taken into account in the law’s formulation. When any society identifies, proclaims, and enforces its laws, there is bound to be disagreement. Most legal systems that respect individual freedoms and dignity must find peaceful ways to deal with opposition in their midst. This requires that conflicting viewpoints be processed in a manner that is conducive to orderly and respectful listening, discussion, and resolution.

[51] The Supreme Court of Canada made similar remarks, although not dealing specifically with the situation of Indigenous peoples, in *Re Secession*, at paragraph 68:

*la sécession*), aux paragraphes 72 à 74; voir aussi, en ce qui concerne les constitutions des Premières Nations, *Lafferty v. Tlichó Government*, 2009 NWTSC 35, [2009] 3 C.N.L.R. 151.

[49] Dans ce contexte, la distinction suggérée par la PNFN entre suspension et destitution est insoutenable. Tant l’une que l’autre empêchent un conseiller d’exercer ses pouvoirs et fonctions, y compris le droit de participer et de voter aux réunions du conseil. Le motif invoqué pour refuser au conseil le pouvoir de suspendre (ou de destituer) les conseillers est évident. La suspension par le conseil priverait les électeurs de la PNFN du droit de choisir leurs dirigeants. La suspension d’un conseiller a pour effet pratique d’annuler les résultats de l’élection et de priver les électeurs de toute représentation : *Prince c. Première Nation de Sucker Creek*, 2008 CF 1268 (*Prince*), au paragraphe 31. Cela ne peut être raisonnablement réconcilié avec l’objectif et la structure du Règlement électoral.

[50] De plus, en démocratie représentative, le gagnant ne remporte pas tout. Même si les décisions peuvent être prises par la majorité d’un organe représentatif tel que le conseil de la PNFN, cela doit se faire dans le cadre d’un processus qui permet la délibération et l’expression des voix divergentes. Pour citer à nouveau le professeur Borrows (*Indigenous Constitution*, aux pages 38 et 39) :

[TRADUCTION] Heureusement, le fait que de nombreuses lois autochtones reposent sur des processus de délibération permet de prendre en compte des points de vue non alignés ou divergents lors de la formulation de la loi. Lorsqu’une société établit, proclame et applique ses lois, il y a forcément désaccord. La plupart des systèmes juridiques qui respectent les libertés et la dignité individuelles doivent trouver des moyens pacifiques de traiter les oppositions en leur sein. Cela nécessite que les points de vue divergents soient traités de manière à favoriser une écoute, une discussion et une résolution ordonnées et respectueuses.

[51] La Cour suprême du Canada a formulé des remarques similaires, bien qu’elles ne portent pas sur la situation particulière des peuples autochtones, dans le *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 68 :

.... No one has a monopoly on truth, and our system is predicated on the faith that in the marketplace of ideas, the best solution to public problems will rise to the top. Inevitably, there will be dissenting voices. A democratic system of government is committed to considering those dissenting voices, and seeking to acknowledge and address those voices in the laws by which all in the community must live.

[52] If the majority of Council had the power to suspend councillors, there would be a risk of transforming deliberation into monologue and excluding dissenting councillors altogether.

[53] In its wisdom, the FMFN membership decided to reserve to itself the power to remove and suspend councillors and to deny the Council the power to act alone in those matters, save in certain specific circumstances that do not apply here. In the Election Regulations, the absence of a provision authorizing suspension in the circumstances of this case may well be a deliberate choice: *Johnson*, at paragraph 31. This deliberate choice does not create a gap to be filled by this Court.

[54] Framing the issue as one of “discipline” does not assist FMFN. It is true that the power to suspend an employee has been held to be inherent in the contract of employment: *Cabiakman v. Industrial Alliance Life Insurance Co.*, 2004 SCC 55, [2004] 3 S.C.R. 195. A suspension without pay may be a form of punishment short of firing, where an employee acted wrongfully. A suspension with pay may be imposed for a variety of reasons, including reasons that are “non-judgmental”. A person holding public office, however, is not an employee. The flexibility inherent in the employment relationship sits uneasily with the fact that holders of public office are elected (or, in some cases, appointed) to their positions. Election or appointment confers an important degree of independence on holders of public office, which is inconsistent with the subordination inherent in an employment relationship. Put simply, the Council is not “the boss” of the councillors. Thus, as the Federal Court of Appeal once noted, it would “be inappropriate to import into the context of the removal, by the executive branch of government, of persons

[...] Nul n’a le monopole de la vérité et notre système repose sur la croyance que, sur le marché des idées, les meilleures solutions aux problèmes publics l’emporteront. Il y aura inévitablement des voix dissidentes. Un système démocratique de gouvernement est tenu de prendre en considération ces voix dissidentes, et de chercher à en tenir compte et à y répondre dans les lois que tous les membres de la collectivité doivent respecter.

[52] Si la majorité des membres du conseil avait le pouvoir de suspendre des conseillers, il y aurait un risque de transformer la délibération en monologue et d’exclure complètement les conseillers dissidents.

[53] Dans leur grande sagesse, les membres de la PNFN ont décidé de se réserver le pouvoir de destituer et de suspendre les conseillers et de priver le conseil du pouvoir d’agir seul à l’égard de ces questions, sauf dans certaines circonstances spécifiques qui ne s’appliquent pas en l’espèce. Dans le Règlement électoral, l’absence de disposition autorisant la suspension dans les circonstances de la présente affaire peut fort bien constituer un choix délibéré : *Johnson*, au paragraphe 31. Ce choix délibéré ne crée pas une lacune que notre Cour devrait combler.

[54] Le fait de formuler la question comme une question de « discipline » n’aide en rien la PNFN. Il est vrai que le pouvoir de suspendre un employé a été considéré comme étant inhérent au contrat de travail : *Cabiakman c. Industrielle-Alliance Cie d’Assurance sur la Vie*, 2004 CSC 55, [2004] 3 R.C.S. 195. Une suspension sans solde peut être une forme de punition moins grave que le licenciement, imposée lorsque l’employé a adopté un comportement fautif. Une suspension avec solde peut être imposée pour diverses raisons, y compris des raisons qui n’emportent pas de jugement sur la conduite de la personne concernée. Une personne occupant une charge publique n’est cependant pas un employé. La flexibilité inhérente à la relation de travail s’accorde mal avec le fait que les titulaires d’une charge publique sont élus (ou, dans certains cas, nommés) à leur poste. L’élection ou la nomination confère aux titulaires de charges publiques un degré d’indépendance important, incompatible avec la subordination inhérente à une relation d’emploi. En termes simples, le conseil n’est pas « le patron » des conseillers. Ainsi, comme

holding office at pleasure, notions which are generally associated with wrongful dismissal in the context of an employer/employee relationship”: *Pelletier v. Canada (Attorney General)*, 2007 FCA 6, [2007] 4 F.C.R. 81, at paragraph 49.

[55] Other decisions of this Court have rejected arguments to the effect that First Nations councils have an inherent power to suspend councillors where their election code covers the subject and does not provide for such a power: *Lafond v. Muskeg Lake First Nation*, 2008 FC 726, [2008] 3 C.N.L.R. 150; *Laboucan v. Little Red River # 447 First Nation*, 2010 FC 722, 8 Admin. L.R. (5th) 207; *Louie v. Louie*, 2018 FC 550, at paragraph 28. In *Prince*, the Court concluded that the suspension of a councillor was tantamount to a removal and was not authorized by the election code. Insofar as the Court in that case mentioned an implied power to suspend a councillor, it appears that it was referring to a suspension of specific responsibilities, not from the office of councillor as such (at paragraph 31).

(4) No Evidence of a Custom Outside the Election Regulations

[56] The foregoing should be sufficient to dispose of this application: the Election Regulations do not empower the Council to suspend Councillor Whalen and constitute a complete code in this regard, leaving no space for other rules. Nevertheless, I will review FMFN’s argument that there is an unwritten custom that would provide such a power. In the end, I find that FMFN has not discharged its burden of proving such a custom.

[57] The custom alleged is not based on Indigenous political traditions in any historical sense. Rather, it is based in FMFN’s recent practice of democracy. In this regard, FMFN has provided evidence of three cases in its recent history that it described as suspensions of councillors. On her part, Councillor Whalen provided affidavits of FMFN members stating that there was no custom authorizing the Council to suspend councillors.

l’a souligné la Cour d’appel fédérale, « je ne crois pas qu’il soit opportun, dans le contexte de la destitution par la branche exécutive du gouvernement d’une personne nommée à titre amovible, d’importer des concepts généralement associés à un congédiement injuste en droit du travail » : *Pelletier c. Canada (Procureur général)*, 2007 CAF 6, [2007] 4 R.C.F. 81, au paragraphe 49.

[55] D’autres arrêts de notre Cour ont rejeté les arguments selon lesquels le conseil d’une Première Nation a un pouvoir inhérent de suspendre des conseillers lorsque le code électoral couvre le sujet et ne prévoit pas un tel pouvoir : *Lafond c. Première Nation crie du lac Muskeg*, 2008 CF 726; *Laboucan c. Nation crie de Little Red River n° 447*, 2010 CF 722; *Louie c. Louie*, 2018 CF 550, au paragraphe 28. Dans la décision *Prince*, la Cour a conclu que la suspension d’un conseiller équivalait à une destitution et n’était pas autorisée par le code électoral. Dans la mesure où la Cour dans cette affaire a mentionné un pouvoir implicite de suspendre un conseiller, il semble qu’elle se référerait à une suspension de responsabilités spécifiques, et non du poste de conseiller en tant que tel (au paragraphe 31).

4) Aucune preuve d’une coutume en dehors du Règlement électoral

[56] Les observations qui précèdent devraient être suffisantes pour statuer sur la présente demande : le Règlement électoral n’autorise pas le conseil à suspendre la conseillère Whalen et constitue un code complet à cet égard, ne laissant aucune place à d’autres règles. Néanmoins, je vais examiner l’argument de la PNFN selon lequel il existe une coutume non écrite qui conférerait un tel pouvoir. En dernière analyse, j’estime que la PNFN ne s’est pas déchargée du fardeau de prouver cette coutume.

[57] La coutume alléguée ne repose sur aucune tradition politique autochtone, d’un point de vue historique. Elle est plutôt fondée sur la pratique récente de la démocratie au sein de la PNFN. À cet égard, la preuve présentée par la PNFN porte sur trois événements de son histoire récente, qu’elle décrit comme des suspensions de conseillers. La conseillère Whalen a pour sa part fourni des affidavits de membres de la PNFN affirmant

On cross-examination, those witnesses readily acknowledged the existence of the three cases. What remains a matter of contention is the precise process followed in each case, the appropriate characterization to be given to those events and whether any customary rule can be inferred from those events.

[58] It should be noted that the custom alleged by FMFN is in effect an unwritten addition to a written electoral code. It is a custom formulated using concepts, such as power or public office, which emanate from Western legal traditions. It is meant to supplement an electoral code that aims at establishing a democratic system and that describes with precision the rights, powers and duties of the participants in the system. Hence, the evidence needed to prove such a custom must be precise enough to show that there is a broad consensus as to the manner in which those rights, powers and duties are meant to be altered.

[59] Each party sought to impugn the credibility of the other party's witnesses. From reading the transcripts of their cross-examinations, I find that both parties' witnesses, in particular those mentioned in these reasons, did their best to remember what they learnt about events that took place some time ago. Indeed, some of the events may have occurred more than 25 years ago. Moreover, with one exception, the witnesses were not Council members when those events took place and they do not have first-hand knowledge of the precise nature of the actions taken by Council. The persons allegedly suspended did not testify. With respect to two of the three alleged cases of suspension, there is little written evidence to buttress the witnesses' recollection. No resolution of the Council or BCR was filed in evidence. Indeed, Joann Cheecham, one of FMFN's witnesses, testified that she did not believe that BCRs were ever adopted regarding the three alleged suspensions, but that a more informal process, perhaps involving a "letter of suspension", was followed (AR, at page 353). No such letters were filed in evidence. As FMFN would presumably be in possession of those documents if they existed, their absence suggests that the Council did not exercise the alleged customary power of suspension.

qu'aucune coutume n'autorisait le conseil à suspendre des conseillers. En contre-interrogatoire, ces témoins ont reconnu sans détour l'existence de ces trois événements. Ce sur quoi l'on ne s'entend pas, c'est le processus précis suivi dans chaque affaire, la caractérisation appropriée à donner à ces événements et la possibilité d'en déduire une règle coutumière.

[58] Il convient de noter que la coutume alléguée par la PNFN constitue en réalité un ajout non écrit à un code électoral écrit. C'est une coutume formulée en utilisant les concepts, tels que pouvoir ou charge publique, qui découlent des traditions juridiques occidentales. Elle est censée compléter un code électoral visant à établir un système démocratique et décrivant avec précision les droits, pouvoirs et devoirs des participants au système. Par conséquent, la preuve nécessaire pour établir une telle coutume doit être suffisamment précise pour montrer qu'il existe un large consensus sur la manière dont ces droits, pouvoirs et devoirs doivent être modifiés.

[59] Chaque partie a cherché à mettre en doute la crédibilité des témoins de l'autre partie. En lisant les transcriptions de leur contre-interrogatoire, je constate que les témoins des deux parties, en particulier ceux mentionnés dans les présents motifs, ont fait de leur mieux pour relater ce qu'ils ont appris sur des événements survenus il y a un certain temps. En effet, certains des événements en cause se sont possiblement produits il y a plus de 25 ans. De plus, à une exception près, les témoins n'étaient pas membres du conseil lorsque ces événements ont eu lieu et ils ne connaissent pas personnellement la nature précise des mesures prises par le conseil. Les personnes prétendument suspendues n'ont pas témoigné. En ce qui concerne deux des trois cas présumés de suspension, il existe peu de preuves écrites pour corroborer les souvenirs des témoins. Aucune résolution du conseil n'a été produite en preuve. En effet, Joann Cheecham, l'un des témoins de la PNFN, a déclaré qu'elle ne croyait pas qu'une résolution du conseil ait été adoptée concernant les trois suspensions alléguées, mais qu'un processus plus informel, pouvant comporter une « lettre de suspension », avait été suivi (dossier de la demanderesse, à la page 353). Aucune lettre de ce genre n'a été produite en preuve. Comme la PNFN aurait probablement été en possession de ces documents s'ils existaient, leur

[60] With this in mind, I can now turn to each of those three incidents.

[61] In the early 1990s, Councillor Ronald Cardinal was involved in a car accident causing serious injuries while impaired. Several witnesses said that he was convicted and sentenced to jail as a result. We do not know whether the accident happened while the 1993 election code was in force. Section 15.1f) of that code stated that a councillor charged with an indictable offence could be suspended and that upon conviction, the suspension would become “permanent”. That section did not clearly set out who could take such actions. The evidence does not clearly reveal whether an election code containing similar provisions was in force before 1993.

[62] All witnesses agree that Councillor Cardinal left his position on Council as a result of the accident and ensuing charges and never came back. How that was accomplished is not entirely clear. Joann Cheecham testified that Councillor Cardinal was suspended on the basis of the provisions of the Election Regulations dealing with councillors who are charged with indictable offences (AR, at page 360). Doris Charbonneau testified that Councillor Cardinal had told her that he had been suspended (AR, at page 382). On the other hand, James Woodward testified that Councillor Cardinal was removed (respondent’s record (RR), at pages 301–302). Marie (Buffy) Cheecham testified as follows (RR, at page 348; and pages 354–355):

... I believe he got charged, and then but they didn’t – they didn’t remove him from Council; he just never showed back up. And then when the next election came along, which wasn’t that long after, the Band members just voted another person in.

[63] In light of all the evidence, the most likely sequence of events is that the process provided for in section 15.1f) of the 1993 election code was initiated

absence suggère que le conseil n’a pas exercé le prétendu pouvoir coutumier de suspension.

[60] Gardant cela à l’esprit, je peux maintenant aborder chacun de ces trois incidents.

[61] Au début des années 1990, le conseiller Ronald Cardinal a été impliqué dans un accident de voiture causant de graves blessures corporelles. Plusieurs témoins ont déclaré qu’il avait été reconnu coupable et condamné à une peine de prison à la suite de cet accident. Nous ne savons pas si l’accident s’est produit alors que le code électoral de 1993 était en vigueur. L’alinéa 15.1f) de ce code stipulait qu’un conseiller accusé d’un acte criminel pouvait être suspendu et qu’en cas de condamnation, la suspension deviendrait « permanente ». Cet alinéa n’indiquait pas clairement qui pouvait prendre de telles mesures. La preuve ne révèle pas clairement si un code électoral contenant des dispositions similaires était en vigueur avant 1993.

[62] Tous les témoins s’accordent pour dire que le conseiller Cardinal a quitté son poste au conseil à la suite de l’accident et des accusations qui en ont résulté et n’est jamais revenu. La façon dont cela s’est déroulé n’est pas tout à fait claire. Joann Cheecham a témoigné que le conseiller Cardinal avait été suspendu sur la base des dispositions du Règlement électoral relatives aux conseillers accusés d’un acte criminel (dossier de la demanderesse, à la page 360). Doris Charbonneau a témoigné que le conseiller Cardinal lui avait dit qu’il avait été suspendu (dossier de la demanderesse, à la page 382). Pour sa part, James Woodward a témoigné que le conseiller Cardinal avait été destitué (dossier de la défenderesse, aux pages 301 et 302). Marie (Buffy) Cheecham a témoigné comme suit (dossier de la défenderesse, à la page 348; et aux pages 354 à 355) :

[TRADUCTION] [...] Je crois qu’il a été accusé, mais ensuite, ils ne l’ont pas destitué du conseil; il n’est simplement plus jamais revenu. Et puis, lorsque les prochaines élections ont eu lieu, peu de temps après, les membres de la bande ont simplement voté pour une autre personne.

[63] À la lumière de tous les éléments de preuve, la séquence d’événements la plus probable est que le processus prévu à l’alinéa 15.1f) du code électoral de 1993

and that Councillor Cardinal was suspended from the Council. As that suspension was made under the provisions of the code then in force, it does not prove the alleged custom of suspending councillors outside of the provisions of the code.

[64] Nancy Cree was elected to the Council in 2008 but was not able to retain her residence on reserve, as required by the 1993 election code, largely because she had to abandon her house in the community after discovering that it was affected by mould. The evidence shows that a petition for her removal was signed by a large proportion of FMFN’s membership (AR, at pages 435–438). A letter from a lawyer acting for FMFN states that Councillor Cree was “removed” from Council on March 24, 2011 (AR, at page 368). That decision was made by the Council, as section 15.2 of the 1993 election code did not require a further vote of the membership once a petition had been completed. Councillor Cree then initiated an application for judicial review in this Court, but it was settled. Albert Cree, who was chief at the time and a political opponent of Councillor Cree, testified regarding those events (RR, at page 326). While he used the word “suspension”, he insisted that the actions taken were in compliance with the Election Regulations, which then provided only for removal in such circumstances. Thus, it is more likely than not that Councillor Cree was removed according to the provisions of the code then in force. Once again, this does not prove the custom alleged by FMFN.

[65] Marilyn Cree (also known as Marilyn Cardinal) experienced drug abuse problems while she was a member of Council in the 1990s. Councillor Cree absented herself from Council while undergoing rehabilitation treatment. FMFN argues that this was a suspension. The evidence reveals, however, that this was likely the result of an agreement. Joann Cheecham, for one, testified that Councillor Cree agreed to seek treatment (AR, at pages 354–355). Marie (Buffy) Cheecham said that “it was more voluntary than anything” (RR, at page 351). If Councillor Cree’s withdrawal from Council is the result of agreement, it cannot constitute evidence of a

a été lancé et que le conseiller Cardinal a été suspendu du conseil. Comme cette suspension a été décidée sur la base des dispositions du code alors en vigueur, elle ne prouve pas la coutume alléguée de suspendre des conseillers en dehors des dispositions du code.

[64] Nancy Cree a été élue au conseil en 2008, mais n’a pas pu conserver sa résidence dans la réserve, comme l’exige le code électoral de 1993, en grande partie parce qu’elle a dû quitter sa maison dans la communauté après avoir découvert qu’elle était attaquée par la moisissure. La preuve montre qu’une grande partie des membres de la PNFN ont signé une pétition pour sa destitution (dossier de la demanderesse, aux pages 435 à 438). Une lettre d’un avocat représentant la PNFN indique que la conseillère Cree a été « destituée » du conseil le 24 mars 2011 (dossier de la demanderesse, à la page 368). Cette décision a été prise par le conseil, car l’article 15.2 du code électoral de 1993 n’exigeait pas un nouveau vote des membres une fois la pétition signée. La conseillère Cree a alors introduit une demande de contrôle judiciaire devant notre Cour, mais celle-ci a été réglée. Albert Cree, qui était chef et opposant politique de la conseillère Cree à l’époque, a témoigné à propos de ces événements (dossier de la défenderesse, à la page 326). Bien qu’il ait utilisé le mot « suspension », il a insisté sur le fait que les mesures prises étaient conformes au Règlement électoral, qui ne prévoyait alors qu’une destitution dans de telles circonstances. Ainsi, il est plus probable qu’improbable que la conseillère Cree ait été destituée conformément aux dispositions du code en vigueur à l’époque. Encore une fois, cela ne prouve pas la coutume alléguée par la PNFN.

[65] Marilyn Cree (également connue sous le nom de Marilyn Cardinal) a connu des problèmes de toxicomanie alors qu’elle était membre du conseil dans les années 1990. La conseillère Cree s’est absentée du conseil alors qu’elle suivait une cure de désintoxication. La PNFN prétend qu’il s’agit d’une suspension. La preuve révèle toutefois que cela était probablement le résultat d’une entente. Joann Cheecham, pour sa part, a témoigné que la conseillère Cree avait accepté de se faire soigner (dossier de la demanderesse, aux pages 354 et 355). Marie (Buffy) Cheecham a déclaré que [TRANSLATION] « c’était plus volontaire qu’autre chose »

custom to the effect that Council has the power to suspend councillors. As Justice Martineau said in *Francis*, “sporadic [behaviour]” does not a custom make. This is not, as FMFN contends, privileging form over substance. FMFN asserts that there is a precise rule empowering its Council to suspend councillors against their will. To prove such a custom, it must bring evidence of practices that fit that description. It is entirely possible for a councillor to agree to step aside temporarily from Council without the Council having the power to force the councillor to do so.

[66] To summarize, while it appears that the three individuals involved stepped aside from Council, the evidence fails to show that this was the result of the alleged customary power of the Council to suspend councillors. In two of the three cases, the evidence suggests that the suspension or removal was made according to processes expressly provided for in the Election Regulations or their 1993 predecessor. In one of those cases, a challenge was brought before this Court, but was settled, which makes it difficult to infer any consensus about the propriety of what took place. The third event was, in all likelihood, a voluntary withdrawal from Council while the individual concerned underwent treatment.

[67] Hence, FMFN failed to discharge its burden of proving the facts that would underpin the alleged customary rule.

(5) Section 81 of the *Indian Act*

[68] FMFN argues that the impugned decision could, in addition to inherent or customary powers, be based on section 81 of the *Indian Act*. Section 81 grants the council of Indian bands (or First Nations) a by-law making power over a range of subjects that are typically related to local governance. FMFN highlights, in particular, “the observance of law and order” (paragraph 81(1)(c)) and “the prevention of disorderly conduct and nuisances”

(dossier de la défenderesse, à la page 351). Si le retrait de la conseillère Cree du conseil est le résultat d’une entente, cela ne peut constituer une preuve d’une coutume selon laquelle le conseil a le pouvoir de suspendre des conseillers. Comme l’a dit le juge Martineau dans la décision *Francis*, « les comportements sporadiques » ne font pas coutume. Il ne s’agit pas, comme l’affirme la PNFM, de privilégier la forme par rapport au fond. La PNFM affirme qu’il existe une règle précise habilitant son conseil à suspendre des conseillers contre leur volonté. Pour prouver une telle coutume, il doit apporter la preuve de pratiques qui correspondent à cette description. Il est tout à fait possible qu’un conseiller accepte de se retirer temporairement du conseil sans que ce dernier ait le pouvoir de le forcer à le faire.

[66] En résumé, bien qu’il semble que les trois personnes concernées se soient retirées du conseil, la preuve ne permet pas d’établir que cela résultait du prétendu pouvoir coutumier du conseil de suspendre des conseillers. Dans deux des trois affaires, la preuve suggère que la suspension ou la destitution avait été décidée conformément aux processus expressément prévus dans le Règlement électoral ou son prédécesseur de 1993. Dans l’une de ces affaires, notre Cour a été saisie d’une contestation, mais celle-ci a été réglée. Il est donc difficile de tirer des conclusions quant à un consensus sur le bien-fondé de ce qui s’est produit. Le troisième événement, selon toute vraisemblance, était un retrait volontaire du conseil alors que la personne concernée suivait un traitement.

[67] La PNFM ne s’est donc pas acquittée du fardeau qui lui incombait de prouver les faits sur lesquels se fonderait la prétendue règle coutumière.

5) L’article 81 de la *Loi sur les Indiens*

[68] La PNFM soutient que la décision contestée pourrait, en plus des pouvoirs inhérents ou coutumiers, être fondée sur l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*. L’article 81 confère au conseil des bandes indiennes (c.-à-d. des Premières Nations) un pouvoir de prendre des règlements administratifs concernant une gamme de sujets qui sont généralement liés à la gouvernance locale. La PNFM souligne, en particulier, « l’observation de la

(paragraph 81(1)(d)). As the January 10, 2019 BCR did not refer to section 81 of the *Indian Act*, it is highly probable that raising this issue at this stage would offend the prohibition on supplementing administrative decisions by offering grounds that the decision maker chose not to raise: *Delta Air Lines Inc. v. Lukács*, 2018 SCC 2, [2018] 1 S.C.R. 6, at paragraph 24. In any event, I will show why this argument is without merit.

[69] The origins of section 81 may be traced to early versions of the *Indian Act* adopted in the 19th century. At that time, one of the policies of the Act was gradually to induce Indigenous peoples to embrace democratic forms of government. Thus, *An Act for the gradual enfranchisement of Indians, the better management of Indian affairs, and to extend the provisions of the Act 31<sup>st</sup> Victoria, Chapter 42*, S.C. 1869, c. 6, section 10, enabled the federal government to mandate the holding of elections for the council of a particular Indian band. That council would then have the power to enact by-laws regarding certain matters of a local or “municipal” nature, such as “[t]he prevention of trespass by cattle”, or “[t]he maintenance of roads” [section 12]. That list was enlarged over the years to extend to subjects such as the regulation of traffic or the residence of band members. In mentioning this, I am not suggesting that a First Nation would not have inherent powers over the same issues, but simply that the *Indian Act* provided a channel for giving the force of a federal regulation to a certain type of Indigenous legislation: *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77 (B.C.C.A.), at paragraph 12. While the section 81 powers have sometimes been interpreted narrowly (*R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *St. Mary’s Indian Band v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 3 F.C. 461 (T.D.), aff’d (1996), 136 D.L.R. (4th) 767, (1996), 198 N.R. 394 (F.C.A.); *Laforme v. Mississaugas of The New Credit First Nation Band Council*, [2000] 4 C.N.L.R. 118 (F.C.A.)), the Supreme Court of Canada appears to have taken a broader view in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3. See also, in this regard, Naomi Metallic, “Indian Act By-Laws: A Viable Means for First

loi et le maintien de l’ordre » (alinéa 81(1)c)) et « la répression de l’inconduite et des inconvénients » (alinéa 81(1)d)). Comme la résolution du conseil du 10 janvier 2019 ne faisait pas référence à l’article 81 de la *Loi sur les Indiens*, il est fort probable que le fait de soulever cette question à ce stade enfreindrait l’interdiction de compléter les décisions administratives en offrant des motifs que le décideur a choisi de ne pas soulever : *Delta Air Lines Inc. c. Lukács*, 2018 CSC 2, [2018] 1 R.C.S. 6, au paragraphe 24. Quoi qu’il en soit, je démontrerai pourquoi cet argument n’a aucun fondement.

[69] L’origine de l’article 81 peut être retracée jusqu’aux premières versions de la *Loi sur les Indiens* adoptée au 19<sup>e</sup> siècle. À cette époque, l’un des objectifs de la Loi consistait à inciter progressivement les peuples autochtones à adopter des formes de gouvernement démocratiques. Ainsi, l’*Acte pourvoyant à l’émancipation graduelle des Sauvages, à la meilleure administration des affaires des Sauvages, et à l’extension des dispositions de l’acte trente-et-un Victoria, chapitre quarante-deux*, S.C. 1869, ch. 6, article 10, a permis au gouvernement fédéral d’ordonner la tenue d’élections pour le conseil d’une bande indienne donnée. Ce conseil aurait alors le pouvoir de prendre des règlements concernant certaines questions de nature locale ou « municipale », comme les « mesures à prendre pour empêcher les bestiaux de commettre des dégâts sur la propriété d’autrui » ou « l’entretien des chemins » [article 12]. Cette liste a été élargie au fil des ans pour s’étendre à des domaines tels que la réglementation de la circulation ou la résidence des membres de la bande. En mentionnant cela, je ne dis pas qu’une Première Nation n’aurait pas de pouvoirs inhérents concernant les mêmes questions, mais simplement que la *Loi sur les Indiens* a prévu un mécanisme pour donner la force d’un règlement fédéral à un certain type de législation autochtone : *R. v. Jimmy*, [1987] 3 C.N.L.R. 77 (C.-B.C.A.), au paragraphe 12. Bien que les pouvoirs conférés par l’article 81 aient parfois été interprétés de manière restrictive (*R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Bande indienne de St. Mary’s c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord Canadien)*, [1995] 3 C.F. 461 (1<sup>re</sup> inst), conf. par [1996] A.C.F. n° 835 (QL) (C.A.); *Laforme c. Mississaugas of the New Credit First Nation*

Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and Not Later” (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.

[70] Section 81 must nevertheless be given an interpretation that is compatible with the logic and structure of the *Indian Act*. First Nation council elections are governed by sections 74–80. In particular, subsection 78(2) sets forth grounds for the removal of a chief or councillor. Parliament cannot have intended to allow First Nation councils to make by-laws under section 81 that would deviate from the rules set out in sections 74–80, for example by providing alternative grounds for removal or suspension.

[71] The same result obtains where a First Nation is not subject to sections 74–80 and has adopted its own election laws. It should be borne in mind, in this regard, that “Customary election laws are not ‘by-laws’ as that term is used in sections 81–86 of the *Indian Act*”: *Louie v. Louie*, 2018 FC 550 [cited above], at paragraph 18. Their validity and legal force does not flow from the *Indian Act*. Thus, by-laws made under section 81 cannot contradict or change a First Nation’s election laws, as they are not enacted pursuant to the same source of authority.

[72] As our jurisprudence has made clear, First Nations election laws must be adopted by the membership or reflect the “broad consensus” of the membership. In contrast, by-laws made under section 81 do not need to be approved by a First Nation’s members, nor reflect their broad consensus. Allowing by-laws made under section 81 to do something that a First Nation’s members deliberately chose not to authorize the Council to do would upend this relationship between those two sources of authority, the membership and the Council.

*Band Council*, [2000] A.C.F. n° 628 (QL) (C.A.F.)), la Cour suprême du Canada semble avoir adopté une vision plus large dans l’arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3. Voir également, à ce sujet, Naiomi Metallic, « Indian Act By-Laws : A Viable Means for First Nations to (Re) Assert Control Over Local Matters Now and not Later » (2016), 67 *U.N.B.L.J.* 211.

[70] L’article 81 doit néanmoins recevoir une interprétation compatible avec la logique et la structure de la *Loi sur les Indiens*. Les élections au conseil d’une Première Nation sont régies par les articles 74 à 80. En particulier, le paragraphe 78(2) énonce les motifs de destitution d’un chef ou d’un conseiller. Le législateur ne pouvait avoir eu l’intention de permettre aux conseils des Premières Nations de prendre, en se fondant sur l’article 81, des règlements qui s’écarteraient des règles énoncées aux articles 74 à 80, par exemple en prévoyant d’autres motifs de destitution ou de suspension.

[71] La même règle s’applique lorsqu’une Première Nation n’est pas assujettie aux articles 74 à 80 et a adopté ses propres lois électorales. À cet égard, il convient de garder à l’esprit que « les coutumes électorales ne sont pas des « règlements administratifs » au sens des articles 81 à 86 de la *Loi sur les Indiens* » : *Louie c. Louie*, 2018 CF 550 [précitée], au paragraphe 18. Leur validité et leur force juridique ne découlent pas de la *Loi sur les Indiens*. Ainsi, les règlements administratifs pris en application de l’article 81 ne peuvent contredire ou modifier les lois électorales d’une Première Nation, puisqu’ils ne sont pas adoptés en vertu de la même source de pouvoir.

[72] Comme notre jurisprudence l’a clairement précisé, les lois électorales des Premières Nations doivent être adoptées par leurs membres ou refléter le « large consensus » de leurs membres. En revanche, il n’est pas nécessaire que les règlements pris en application de l’article 81 soient approuvés par les membres d’une Première Nation ou qu’ils reflètent leur large consensus. Autoriser les règlements administratifs pris en application de l’article 81 à faire quelque chose que les membres d’une Première Nation ont délibérément choisi de ne pas autoriser le conseil à faire détruirait cette

[73] Indeed, as First Nations develop governance frameworks outside the *Indian Act*, a First Nation's council cannot use the section 81 powers to alter those frameworks in a manner that was not contemplated when those frameworks were established.

[74] An additional hurdle facing FMFN's argument is that the impugned decision was simply not a by-law purported to be made under section 81 of the *Indian Act*. A Council resolution or BCR is not necessarily a by-law made under section 81. Resolutions may be adopted for a variety of purposes other than making a by-law. FMFN submits that *Berens River First Nation v. Gibson-Peron*, 2015 FC 614, at paragraph 95, is authority for the proposition that a BCR is always a by-law. That is simply not what my colleague Justice Cecily Strickland said in that judgment. However, in *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band*, [2001] 2 C.N.L.R. 57 (F.C.T.D.), it was held that a BCR is not a by-law if the procedure set out in sections 81–85.1 is not followed. In this case, on its plain reading, the impugned BCR does not purport to enact a by-law. Moreover, it was not published according to section 86 of the *Indian Act*. A press release announcing the suspension of Councillor Whalen and a memorandum to FMFN employees to the same effect do not satisfy the requirements of section 86.

#### (6) Necessity or Inherent Power

[75] FMFN also argues that the Council's power to suspend a councillor is "inherent". It also asserts that this power finds its source in the principle of necessity, as the lack of such a power would lead to an "intolerable result" or an absurdity.

relation entre ces deux sources d'autorité, à savoir l'ensemble des membres et le conseil.

[73] En effet, alors que les Premières Nations élaborent des cadres de gouvernance en dehors de la *Loi sur les Indiens*, le conseil d'une Première Nation ne peut utiliser les pouvoirs conférés par l'article 81 pour modifier ces cadres d'une manière qui n'avait pas été envisagée lors de leur création.

[74] L'argument de la PNFM pose un autre problème : la décision contestée n'était tout simplement pas un règlement censé être pris en application de l'article 81 de la *Loi sur les Indiens*. Une résolution du conseil n'est pas nécessairement un règlement administratif pris en application de l'article 81. Les résolutions peuvent être adoptées à diverses fins autres que la prise d'un règlement administratif. La PNFM soutient que la décision *Première nation de Berens River c. Gibson-Peron*, 2015 CF 614, au paragraphe 95, appuie la proposition selon laquelle une résolution du conseil est toujours un règlement administratif. Ce n'est tout simplement pas ce que ma collègue la juge Cecily Strickland a dit dans cette décision. Cependant, dans la décision *Gamblin c. Bande de la Nation Crie Norway House*, [2000] A.C.F. n° 2132 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), il a été décidé qu'une résolution du conseil n'est pas un règlement administratif si la procédure décrite aux articles 81 à 85.1 n'est pas suivie. En l'espèce, à sa simple lecture, la résolution du conseil contestée ne vise pas à édicter un règlement administratif. De plus, elle n'a pas été publiée conformément à l'article 86 de la *Loi sur les Indiens*. Un communiqué de presse annonçant la suspension de la conseillère Whalen et une note de service adressée aux employés de la PNFM dans le même sens ne répondent pas aux exigences de l'article 86.

#### 6) Nécessité ou pouvoir inhérent

[75] La PNFM fait également valoir que le pouvoir du conseil de suspendre un conseiller est « inhérent ». Elle soutient aussi que ce pouvoir tire son origine du principe de nécessité, étant donné que l'absence d'un tel pouvoir conduirait à un « résultat intolérable » ou à une absurdité.

[76] The adjective “inherent” is generally used, in this context, to describe powers that do not find their source in the usual categories of Canadian law, but rather in Indigenous legal systems quite apart from Canadian law. For example, as I explained above, the power to enact election laws is not conferred by the *Indian Act*. It flows from the inherent authority of First Nations communities, although its outcome is recognized by the *Indian Act*.

[77] Determining who can exercise an inherent power is a difficult issue. In principle, this should be determined by the relevant Indigenous legal system: see, by way of analogy, *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, at paragraphs 149–156, reversed on other grounds, *Tsilhqot’in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257. In the elections context, this Court has held that election laws must reflect the broad consensus of the membership of the First Nation concerned. In doing so, this Court determined who has the inherent power to make such laws or, at least, whom it would recognize as having that power. Unless we contradict ourselves, we cannot recognize another source of power. Thus, FMFN cannot invoke an inherent power of its Council to suspend Councillor Whalen.

[78] Insofar as FMFN invokes a separate concept of necessity to support a power that was deliberately omitted in the Election Regulations, the same considerations apply. To be sure, resolving First Nations governance disputes sometimes requires a certain degree of creativity on the part of this Court: *Mercredi v. Fond du Lac Denesuline First Nation*, 2018 FC 1272, at paragraphs 50–56. However, this does not mean that we can, as a general rule, recognize broad powers to First Nations councils for the sole reason that those powers appear to be missing from the election codes adopted by the First Nations themselves. That is not our role. If we were to accede to that invitation, we would in effect be crafting a common law of First Nations governance that would override some of the choices made by First Nations.

[76] L’adjectif « inhérent » est généralement utilisé, dans ce contexte, pour décrire des pouvoirs qui ne trouvent pas leur source dans les catégories habituelles du droit canadien, mais plutôt dans les systèmes juridiques autochtones, indépendamment du droit canadien. Par exemple, comme je l’ai expliqué ci-dessus, le pouvoir d’adopter des lois électorales n’est pas conféré par la *Loi sur les Indiens*. Il découle du pouvoir inhérent des communautés des Premières Nations, bien que son résultat soit reconnu par la *Loi sur les Indiens*.

[77] Identifier le titulaire d’un pouvoir inhérent n’est pas toujours facile. En principe, la question devrait être résolue par le système juridique autochtone pertinent : voir, par analogie, *William v. British Columbia*, 2012 BCCA 285, 33 B.C.L.R. (5th) 260, aux paragraphes 149 à 156, infirmée pour d’autres motifs par *Nation Tsilhqot’in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257. Dans le contexte des élections, la Cour a conclu que les lois électorales devaient refléter le large consensus des membres de la Première Nation concernée. Ce faisant, la Cour a déterminé qui a le pouvoir inhérent d’adopter de telles lois ou, du moins, à qui elle reconnaîtrait ce pouvoir. À moins de nous contredire, nous ne pouvons pas reconnaître une autre source de pouvoir. La PNFM ne peut donc invoquer le pouvoir inhérent de son conseil de suspendre la conseillère Whalen.

[78] Dans la mesure où la PNFM invoque une notion distincte de nécessité pour appuyer un pouvoir qui a été délibérément omis dans le Règlement électoral, les mêmes considérations s’appliquent. Il est vrai que le règlement des différends relatifs à la gouvernance des Premières Nations exige parfois un certain degré de créativité de la part de notre Cour : *Mercredi c. Première Nation dénésuline du Fond-du-Lac*, 2018 CF 1272, aux paragraphes 50 à 56. Cependant, cela ne signifie pas que nous puissions, de manière générale, reconnaître de larges pouvoirs aux conseils des Premières Nations pour la seule raison que ces pouvoirs semblent avoir été omis dans les codes électoraux adoptés par les Premières Nations elles-mêmes. Ce n’est pas notre rôle. Si nous devons accepter cette invitation, nous élaborerions en fait une forme de droit commun de la gouvernance des

[79] Moreover, necessity is too vague a standard by which to recognize powers such as the power to suspend a councillor. In this regard, FMFN argues that it is absurd or intolerable for the Council not to have the power to discipline its members, for example where a councillor breaches ethical standards. But the line between what is necessary and what is merely desirable is not easy to draw. It is not for me to draw that line. Rather, it is for FMFN's membership to decide what kinds of breaches of ethics warrant suspension or removal. Indeed, some of the grounds for removal that are expressly mentioned in the Election Regulations may be said to convey ethical standards.

[80] FMFN relies on *Whitehead v. Pelican Lake First Nation*, 2009 FC 1270, [2010] 2 C.N.L.R. 371, in which my colleague Justice Michel Shore recognized the "inherent" power of the council of a First Nation to suspend a councillor. If I understand his reasons correctly, he relied on cases that dealt with necessity as a defence to allegations of bias and with necessity as a synonym for the ancillary power to create offences and to provide for sanctions. With respect for my colleague, I cannot agree that an unwritten or inherent power to suspend councillors can be based on such principles, largely for the reasons that I have articulated above. In any event, insofar as it is invoked as authority for the proposition that the council of a First Nation has powers of suspension or removal that are not provided in an exhaustive election code, *Whitehead* has been overtaken by the Federal Court of Appeal's decision in *Orr*.

#### IV. Disposition

[81] As FMFN's Council did not have the power to suspend Councillor Whalen in the circumstances of this case, the application for judicial review will be allowed and the Council's decision dated January 10, 2019 will

Premières Nations qui se substituerait aux choix faits par celles-ci.

[79] De plus, la nécessité est une norme trop vague pour reconnaître des pouvoirs tels que le pouvoir de suspendre un conseiller. À cet égard, la PNFM soutient qu'il est absurde ou intolérable que le conseil n'ait pas le pouvoir de discipliner ses membres, par exemple lorsqu'un conseiller viole des normes éthiques. Mais la ligne de démarcation entre ce qui est nécessaire et ce qui est simplement souhaitable est difficile à tracer. Ce n'est pas à moi de tracer cette ligne. C'est plutôt aux membres de la PNFM qu'il incombe de décider des types de manquement à l'éthique qui justifient la suspension ou la destitution. En fait, on peut dire que certains des motifs de destitution expressément mentionnés dans le Règlement électoral reflètent des normes éthiques.

[80] La PNFM s'appuie sur la décision *Whitehead c. Première Nation de Pelican Lake*, 2009 CF 1270, dans lequel mon collègue le juge Michel Shore a reconnu le pouvoir « inhérent » du conseil d'une Première Nation de suspendre un conseiller. Si je comprends bien ses motifs, il s'est fondé sur des affaires qui traitaient de la nécessité comme moyen de défense contre des allégations de partialité et de la nécessité comme synonyme du pouvoir accessoire de créer des infractions et de prévoir des sanctions. Avec tout le respect que je dois à mon collègue, je ne peux pas accepter qu'un pouvoir non écrit ou inhérent de suspendre des conseillers puisse être fondé sur de tels principes, en grande partie pour les raisons que j'ai exposées précédemment. Quoi qu'il en soit, dans la mesure où elle est invoquée comme précédent à l'appui de la proposition selon laquelle le conseil d'une Première Nation dispose de pouvoirs de suspension ou de destitution qui ne sont pas prévus dans un code électoral exhaustif, la décision *Whitehead* a été supplantée par l'arrêt *Orr* de la Cour d'appel fédérale.

#### IV. Décision

[81] Comme le conseil de la PNFM n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen dans les circonstances de la présente affaire, la demande de contrôle judiciaire sera accueillie et la décision du conseil datée

be quashed. It follows that Councillor Whalen will be reinstated in her position.

[82] Councillor Whalen also seeks an order of prohibition, preventing FMFN from pursuing suspension proceedings against her or beginning new proceedings that are not authorized by the Election Regulations. On judicial review, however, our usual practice is simply to quash the offending decision and let the decision maker render a new decision, if needed: *Canada (Citizenship and Immigration) v. Yansane*, 2017 FCA 48, 26 Admin. L.R.(6th) 267, at paragraph 15. I do not see any reason to depart from our usual practice. It is obvious from these reasons that the Council did not have the power to suspend Councillor Whalen and cannot resume the same proceedings. As to an order prohibiting Council from initiating procedures not in compliance with the Election Regulations, it is merely an order to obey the law and would not be useful.

[83] At the hearing, both parties asked to be allowed to make submissions as to costs after judgment is rendered. I agreed to that request. Thus, Councillor Whalen will have 30 days from the date of this judgment to make submissions, and FMFN will have 10 days from the date Councillor Whalen's submissions are filed to respond.

du 10 janvier 2019 sera annulée. Il s'ensuit que la conseillère Whalen sera réintégrée dans ses fonctions.

[82] La conseillère Whalen demande également une ordonnance de prohibition, empêchant la PNFM d'engager une procédure de suspension à son encontre ou d'engager de nouvelles procédures non autorisées par le Règlement électoral. En matière de contrôle judiciaire, toutefois, notre pratique habituelle consiste simplement à annuler la décision incriminée et à laisser le décideur rendre une nouvelle décision, si nécessaire : *Canada (Citoyenneté et Immigration) c. Yansane*, 2017 CAF 48, au paragraphe 15. Je ne vois aucune raison de m'écarter de notre pratique habituelle. Il ressort des présents motifs que le conseil n'avait pas le pouvoir de suspendre la conseillère Whalen et ne pourrait pas reprendre la même procédure. Quant à une ordonnance interdisant au conseil d'engager des procédures non conformes au Règlement électoral, il ne s'agit que d'une ordonnance d'obéir à la loi et elle ne serait pas utile.

[83] À l'audience, les deux parties ont demandé à être autorisées à présenter des observations sur les dépens après le prononcé du jugement. J'accède à cette demande. Par conséquent, la conseillère Whalen aura 30 jours à compter de la date du présent jugement pour présenter des observations, et la PNFM disposera de 10 jours à compter de la date à laquelle les observations de la conseillère Whalen seront déposées pour y répondre.

#### JUDGMENT in T-146-19

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The application for judicial review is allowed;
2. The respondent's decision to suspend the applicant is quashed;
3. The issue of costs is reserved.

#### JUGEMENT dans le dossier T-146-19

LA COUR REND LE JUGEMENT SUIVANT :

1. La demande de contrôle judiciaire est accueillie;
2. La décision de la défenderesse de suspendre la demanderesse est annulée;
3. La question des dépens est différée.