

T-1274-20
2021 FC 287

T-1274-20
2021 CF 287

Floyd Bertrand (*Applicant*)

Floyd Bertrand (*demandeur*)

v.

c.

Acho Dene Koe First Nation Band Council, Chief Gene Hope, Councillor Joe Bertrand, Councillor Roger Bertrand, Councillor Irene McLeod, Councillor Angus Capot-Blanc, Councillor Dennis Nelson, Councillor Dennis McLeod and the Attorney General of Canada (*Respondents*)

Conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe, chef Gene Hope, conseiller Joe Bertrand, conseiller Roger Bertrand, conseillère Irene McLeod, conseiller Angus Capot-Blanc, conseiller Dennis Nelson, conseiller Dennis McLeod et le procureur général du Canada (*défendeurs*)

and

et

Band Members' Alliance and Advocacy Association of Canada (*Intervener*)

Band Members' Alliance and Advocacy Association of Canada (*intervenante*)

INDEXED AS: BERTRAND v. ACHO DENE KOE FIRST NATION

RÉPERTORIÉ : BERTRAND c. PREMIÈRE NATION ACHO DENE KOE

Federal Court, Grammond J.—Ottawa (by videoconference), March 22; April 1, 2021.

Cour fédérale, juge Grammond—Ottawa (par vidéoconférence), 22 mars; 1^{er} avril 2021.

Aboriginal Peoples — Elections — Judicial review challenging the validity of First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) (Regulations), s. 4, respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone elections — S. 4 stating council of First Nation chosen according to custom may extend term of office to prevent, mitigate or control spread of diseases on reserve — Acho Dene Koe First Nation council chosen according to custom — 2007 election code setting term of office of council at three years — Resolution purporting to adopt 2007 election code — Federal government making Regulations in response to concerns related to COVID-19 — Invoking Regulations, Acho Dene Koe council adopting resolution postponing elections, extending term of council — Also arguing 2007 election code acquiring force of custom, allowing it to extend term of office in “exigent circumstances” — Whether extension of council's term of office, postponement of election valid — Whether Regulations, s. 4 valid — 2007 code not validly enacted or acquiring force of custom — Recognition of custom tied to consent of governed — 2007 draft code not enacted in manner attracting broad consensus of community — Council could not by way of resolution purport to “adopt” 2007 code — Cannot circumvent principle of consensus of community — Acho Dene Koe failing to demonstrate that power to extend its term of office firmly established, followed by majority of community — Power to extend difficult to reconcile with consistent practice of

Peuples autochtones — Élections — Contrôle judiciaire contestant la validité de l'art. 4 du Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies) (le Règlement) et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections — L'art. 4 prescrit que le conseil d'une Première Nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve — Le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a été choisi selon la coutume — Le code électoral de 2007 a fixé la durée du mandat du conseil à trois ans — Une résolution prétendait adopter le code électoral de 2007 — En réponse à certaines préoccupations liées à la COVID-19, le gouvernement fédéral a pris le Règlement — Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté ses élections et prorogé le mandat de son conseil — Elle a affirmé également que le code électoral de 2007 avait acquis la force d'une coutume et lui permettait de proroger son propre mandat dans une « situation d'urgence » — Il s'agissait de savoir si la prorogation du mandat du conseil et le report de l'élection étaient valides — Il s'agissait également de savoir si l'art. 4 du Règlement est valide — Le code de 2007 n'a pas été valablement promulgué ou acquis la force d'une coutume — La reconnaissance de la coutume est liée au concept du consentement des gouvernés — Le projet de code de 2007 n'a pas été promulgué

fixed-term elections — Self-government not translating into unlimited powers for First Nations councils — Where First Nations not having enacted positivistic laws, self-government manifesting itself through broad consensus of community — Council could not rely on custom to extend its term of office beyond usual term — Regulations, s. 4 ultra vires, invalid — English version of Indian Act, s. 73(1)(f) basis for respondent Attorney General's suggestion that Parliament intending to delegate power circumscribed only by its purpose, namely, to prevent, mitigate, control spread of diseases — French version of s. 73(1)(f) focusing not only on aims of measures, but also on means — More precise, compatible with Parliament's intent — Sufficient indications in Indian Act to conclude that Regulations ultra vires — Parliament cannot have intended that a regulatory power applying only to First Nation reserves would encompass governance issues, in particular elections — Regulations directly regulating basic parameter of democracy, i.e. length of term of elected officials — Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by incidental effect of regulations made for entirely different purpose — Tolerating invalid exercise of power because it was done for a good reason incompatible with rule of law — Fact Regulations desirable from policy perspective having no bearing on their validity — Declarations issued that council lacked power to extend its own term of office, that Regulations, s. 4 ultra vires, invalid.

d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté — Le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution, prétendre « adopter » le code de 2007 — Il ne peut pas contourner le principe du consensus au sein de la communauté — La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas réussi à démontrer que le pouvoir de proroger son mandat est fermement établi et suivi par une majorité de la communauté — Il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique uniforme d'élections à durée déterminée — L'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations — Lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale — Le conseil ne peut pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle — L'art. 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide — La version anglaise de l'art. 73(1)(f) de la Loi sur les Indiens est le fondement de la prétention du procureur général, défendeur, selon laquelle le législateur avait l'intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « to prevent, mitigate and control the spread of diseases » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies) — La version française de l'art. 73(1)(f) met l'accent non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens — Elle est plus précise et plus compatible avec l'intention du législateur — Il y a suffisamment d'indications dans la Loi sur les Indiens pour conclure que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante — Il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves des Premières Nations englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections — Le Règlement réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus — Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent — Tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi est incompatible avec la primauté du droit — Le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité — Il a été déclaré que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'art. 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

This was an application for judicial review challenging the validity of section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*¹ (Regulations) and the respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone its elections.

Il s'agissait d'une demande de contrôle judiciaire contestant la validité de l'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*¹ (le Règlement) et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections.

¹ Paragraph 4(1) states that “[t]he council of a First Nation whose chief and councillors are chosen according to the custom of the First Nation may extend the term of office of the chief and councillors if it is necessary to prevent, mitigate or control the spread of diseases on its reserve, even if the custom does not provide for such a situation”.

¹ Le paragraphe 4(1) prescrit que « [l]e conseil d'une première nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve, même si cette coutume est silencieuse à l'égard d'une telle situation ».

Acho Dene Koe First Nation was never brought under the regime of the *Indian Act* for the election of its council. Its council is chosen according to custom, which in the *Indian Act* refers to various forms of Indigenous laws. In 2007, the council proposed an election code, which set the term of office of the council at three years. The current chief and council were elected on May 14, 2017, for a three-year term. A January 2020 resolution purported to adopt the 2007 election code. In its recitals, the council expressed the view that Acho Dene Koe's members generally accept the code as establishing its custom election process. In March 2020, the World Health Organization declared COVID-19 to be a pandemic. One specific impact of the pandemic on First Nations pertained to the holding of elections. In response to some concerns, the federal government made the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84 (Regulations). Invoking these regulations, Acho Dene Koe twice postponed its elections and extended its council's term of office, by a total of approximately one year. Acho Dene Koe asserted that the postponement and extension were also authorized by its customary law, independently of the federal regulations.

Acho Dene Koe stated that the main features of the 2007 election code, including a three-year term of office, have acquired the force of custom. It argued that the custom is flexible and allows the incumbent council to extend its own term of office in "exigent circumstances."

The main issues were the validity of the extension of the council's term of office and the postponement of the election from the perspective of Acho Dene Koe law, and whether section 4 of the Regulations is valid.

Held, the council of Acho Dene Koe First Nation did not have the power to extend its own term of office and section 4 of the Regulations is *ultra vires* and invalid.

The evidence did not establish that the 2007 code was validly enacted or acquired the force of custom. The test developed by the Court for the recognition of custom is tied to the concept of consent of the governed. There are various forms of Indigenous law beyond "custom" in the strict meaning of the word. A First Nation may enact an election code or similar legislation through the vote of a majority of its members. Custom may find its origin in practice. Custom, indeed, need not be written. Nevertheless, to be recognized as custom in this sense, a practice must still attract the broad consensus of the community. A court asked to declare the content of a First Nation's custom must of course base itself on the evidence before it.

La Première Nation Acho Dene Koe n'a jamais été assujettie au régime de la *Loi sur les Indiens* pour l'élection de son conseil. Celui-ci est choisi selon la coutume, lequel terme renvoie dans la *Loi sur les Indiens* à diverses formes de droit autochtone. En 2007, le conseil a proposé un code électoral qui fixait la durée du mandat du conseil à trois ans. Le chef et le conseil actuels ont été élus le 14 mai 2017 pour un mandat de trois ans. Une résolution datée du mois de janvier 2020 prétendait adopter le code électoral de 2007. Dans ses attendus, le conseil a exprimé l'opinion selon laquelle les membres de la Première Nation Acho Dene Koe considèrent de façon générale que le code établit son processus électoral coutumier. Au mois de mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré que la COVID-19 était une pandémie. L'une des répercussions concrètes de la pandémie sur les Premières Nations concernait la tenue d'élections. En réponse à certaines préoccupations, le gouvernement fédéral a pris le *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84 (le Règlement). Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté à deux reprises ses élections et prorogé le mandat de son conseil d'environ un an au total. Elle a affirmé que le report et la prorogation étaient également autorisés par son droit coutumier, indépendamment du règlement fédéral.

La Première Nation Acho Dene Koe a affirmé que les principales caractéristiques du code électoral de 2007, notamment le mandat de trois ans, ont acquis la force d'une coutume. En outre, elle a fait valoir que la coutume est souple et permet au conseil en place de proroger son propre mandat dans une « situation d'urgence ».

Il s'agissait principalement de savoir si la prorogation du mandat du conseil et le report de l'élection étaient valides au regard du droit de la Première Nation Acho Dene Koe et si l'article 4 du Règlement est valide.

Jugement : le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et l'article 4 du Règlement outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

La preuve n'a pas établi que le code de 2007 a été valablement promulgué ou a acquis la force d'une coutume. Le critère élaboré par la Cour pour la reconnaissance de la coutume est lié au concept du consentement des gouvernés. Diverses formes de droit autochtone, qui dépassent largement la « coutume » au sens strict du terme, ont été reconnues. Une Première Nation peut adopter un code électoral ou une loi similaire par le vote de la majorité de ses membres. La coutume peut trouver son origine dans la pratique. En effet, il n'est pas nécessaire de consigner la coutume par écrit. Néanmoins, pour être reconnue comme une coutume dans ce sens, une pratique doit tout de même faire l'objet d'un large consensus au sein

The parties brought little evidence from witnesses having first-hand knowledge of the process through which the draft was put before Acho Dene Koe's membership. The 2007 draft code was not enacted in a manner that attracted the broad consensus of the community. Council resolutions calling elections in 2008 and 2017 made no reference to the 2007 code, and the 2011 and 2014 resolutions were not filed in evidence. The council could not, by way of its January 2020 resolution, purport to "adopt" the 2007 code. Custom results from the broad consensus of the community, not the decision of council. The council cannot circumvent this principle by stating its opinion as to the broad consensus of the membership, if the evidence does not bear out the assertion. Acho Dene Koe failed to demonstrate that its power to extend its term of office in "exigent circumstances" is "firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community". Such an extension happened only once. A power to extend is difficult to reconcile with the recent, consistent practice of fixed-term elections every three years. Self-government does not translate into unlimited powers for First Nations councils. Rather, where First Nations have not enacted positivistic laws, self-government manifests itself through the broad consensus of the community. Very cogent evidence would be required to establish a custom that would free the council from the obligation to face its constituents at fixed intervals. The council cannot rely on custom to extend its term of office beyond the usual three-year term. In particular, the September 14, 2020 resolution cannot be supported by such a custom.

Section 4 of the Regulations is *ultra vires* and invalid. [Judgment] The English version of paragraph 73(1)(f) of the *Indian Act* is the basis for the respondent Attorney General's suggestion that Parliament intended to delegate a power circumscribed only by its purpose, namely, "to prevent, mitigate and control the spread of diseases." The French version's focus, however, is not only on the aims of the measures, but also on the means. The French version is more precise and more compatible with Parliament's intent. There are sufficient indications in the *Indian Act* to conclude that the Regulations are *ultra vires*. The first of these indications is the basic fact that the *Indian Act* does not regulate customary elections or, in other words, elections held pursuant to Indigenous law. It would therefore be surprising that the *Indian Act* would grant a regulatory power over a topic not within its purview. Second, elections constitute a subject matter separate from those listed in section 73. If regulating elections held pursuant to the *Indian Act* is not within the scope of section 73 then, a

de la communauté. Un tribunal appelé à déclarer le contenu de la coutume d'une Première Nation doit bien entendu se baser sur les preuves dont il dispose. Les parties ont présenté peu de preuves provenant de témoins ayant une connaissance directe du processus par lequel le projet a été soumis aux membres de la Première Nation Acho Dene Koe. Le projet de code de 2007 n'a pas été promulgué d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté. Les résolutions du conseil convoquant les élections en 2008 et 2017 ne mentionnaient pas le code de 2007, et les résolutions de 2011 et 2014 n'ont pas été déposées en preuve. Le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution du mois de janvier 2020, prétendre « adopter » le code de 2007. La coutume résulte d'un large consensus au sein de la communauté, et non d'une décision du conseil. Le conseil ne peut contourner ce principe en déclarant son opinion sur le large consensus des membres, si la preuve ne confirme pas l'affirmation. La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas réussi à démontrer que la pratique qui consiste à proroger son mandat dans une « situation d'urgence » est « fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté ». Une telle prorogation ne s'est produite qu'une seule fois. Il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique récente et uniforme d'élections à durée déterminée tous les trois ans. L'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations. Au contraire, lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale. Des preuves très convaincantes seraient nécessaires pour établir une coutume qui exonérerait le conseil de l'obligation de se présenter devant ses électeurs à intervalles fixes. Le conseil ne peut pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle de trois ans. En particulier, une telle coutume n'autorise pas la résolution du 14 septembre 2020.

L'article 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide. La version anglaise de l'alinéa 73(1)f de la *Loi sur les Indiens* est le fondement de la prétention du procureur général, défendeur, selon laquelle le législateur avait l'intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « to prevent, mitigate and control the spread of diseases » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies). Toutefois, la version française met l'accent non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens. La version française est plus précise et plus compatible avec l'intention du législateur. Il y a suffisamment d'indications dans la *Loi sur les Indiens* pour conclure que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante. La première de ces indications est le fait élémentaire que la *Loi sur les Indiens* ne réglemente pas les élections coutumières ou, autrement dit, les élections tenues selon le droit autochtone. Il serait donc surprenant que la *Loi sur les Indiens* accorde un pouvoir réglementaire sur un sujet

fortiori, elections held pursuant to Indigenous law must also be excluded. The third indication is the separation drawn by the *Indian Act* between issues of governance and land management. Elections are a matter of governance, but section 73(1)(f) confers a power related to land management. The distinction between governance and land management issues is underscored by the fact that a not insignificant number of First Nations, like Acho Dene Koe, do not have reserves. Thus, the provisions of the *Indian Act* regarding reserves do not apply to them. For these reasons, Parliament cannot have intended that a regulatory power that applies only to reserves would encompass governance issues, in particular elections. The Regulations' effect on elections is not merely incidental. They deal solely with elections. Most importantly, they directly regulate one of the basic parameters of democracy, the length of term of elected officials. Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by an incidental effect of regulations made for an entirely different purpose or regarding an entirely different subject matter. The government found that allowing First Nations to cancel or postpone elections would contribute to fighting the pandemic. To tolerate an invalid exercise of power because it was done for a good reason is simply incompatible with the rule of law, which requires that every exercise of state power find its source in a legal rule. The fact that regulations appear to be desirable from a policy perspective has no bearing on their validity. Thus, the Governor in Council's views regarding the desirability of the Regulations cannot save them if they are not authorized by the *Indian Act*.

In the circumstances, it was sufficient to issue declarations that the council lacked the power to extend its own term of office and that section 4 of the Regulations is *ultra vires*.

STATUTES AND REGULATIONS CITED

- Federal Courts Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 18.1(2).
First Nations Elections Act, S.C. 2014, c. 5.
First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases), SOR/2020-84, ss. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2 “council of the band”, 5–17, 18–41, 53–60, 73, 74, 74–86, 76, 81.
Indian Bands Council Elections Order, SOR/97-138.

qui excède sa portée. Deuxièmement, les élections constituent un sujet distinct de ceux qui sont mentionnés à l'article 73. Si la réglementation des élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'entre pas dans le champ d'application de l'article 73, les élections tenues en vertu du droit autochtone doivent *a fortiori* également être exclues. La troisième indication est la distinction faite dans la *Loi sur les Indiens* entre les questions de gouvernance et de gestion des terres. Les élections relèvent de la gouvernance, mais l'alinéa 73(1)f confère un pouvoir lié à la gestion des terres. La distinction entre les questions de gouvernance et de gestion des terres est soulignée par le fait qu'un nombre non négligeable de Premières Nations, notamment Acho Dene Koe, n'ont pas de réserves. Ainsi, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les réserves ne s'appliquent pas à elles. Pour ces raisons, il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections. L'effet du Règlement sur les élections n'est pas simplement accessoire. Le Règlement traite uniquement des élections. Par surcroît, il réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus. Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent ou concernant un sujet entièrement différent. Le gouvernement a estimé que le fait de permettre aux Premières Nations d'annuler ou de reporter des élections contribuerait à la lutte contre la pandémie. Tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi est tout simplement incompatible avec la primauté du droit, qui exige que l'exercice de tout pouvoir public tire sa source d'une règle de droit. Le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité. Il s'ensuit que si le Règlement n'est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens*, les opinions du gouverneur en conseil concernant son caractère souhaitable ne le rendent pas valide.

Il suffisait en l'espèce de déclarer que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du Règlement outrepassait le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

- Arrêté sur l'élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138.
Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon, L.C. 1994, ch. 35, ann. III, parties I, III.
Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 18.1(2).
Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19), constituant la partie III de la *Loi concernant des mesures supplémentaires liées à la COVID-19*, L.C. 2020, ch. 11, art. 11.

Time Limits and Other Periods Act (COVID-19), being Part III of the *Act Respecting Further COVID-19 Measures*, S.C. 2020, c. 11, s. 11.
Yukon First Nations Self-Government Act, S.C. 1994, c. 35, Sch. III, Parts I, III.

Loi sur les élections au sein de premières nations, L.C. 2014, ch. 5.
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2 « conseil de la bande », 5–17, 18–41, 53–60, 73, 74, 74–86, 76, 81.
Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies), DORS/2020-84, art. 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8.

TREATIES AND OTHER INSTRUMENTS CITED

Treaty No. 11 (1921).

TRAITÉS ET AUTRES INSTRUMENTS CITÉS

Traité n° 11 (1921).

CASES CITED

APPLIED:

Borowski v. Canada (Attorney General), [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231; *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.); *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, (1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.); *Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349; *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133; *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810; *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1.

CONSIDERED:

Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.); *Thomas v. One Arrow First Nation*, 2019 FC 1663; *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5; *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635; *Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180.

REFERRED TO:

Ratt v. Matchewan, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48; *Bertrand v. Acho Dene Koe First Nation*, 2021 FC 257; *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 236 N.R. 317 (C.A.); *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 141 C.P.R. (4th) 245; *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795; *McKenzie v. Mikisew Cree First Nation*, 2020 FC 1184; *Gamblin v. Norway House Cree Nation Band Council*, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467; *Oakes v. Pahtayken*, 2010 FCA 169, 405 N.R. 250; *Bacon St-Onge v. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 FC 1179, affd 2019 FCA 13;

JURISPRUDENCE CITÉE

DÉCISIONS APPLIQUÉES :

Borowski c. Canada (Procureur général), [1989] 1 R.C.S. 342; *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, 1998 CanLII 8267, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.); *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.); *Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036; *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133; *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810; *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653.

DÉCISIONS EXAMINÉES :

Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290, [1996] A.C.F. n° 150 (QL) (1^{re} inst.); *Thomas c. Première Nation One Arrow*, 2019 CF 1663; *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5; *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635; *Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180.

DÉCISIONS CITÉES :

Ratt c. Matchewan, 2010 CF 160; *Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe*, 2021 CF 257; *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.); *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196; *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795; *McKenzie c. Première Nation crie Mikisew*, 2020 CF 1184; *Gamblin c. Conseil de bande de la nation crie de Norway House*, 2012 CF 1536; *Pastion c. Première Nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467; *Oakes c. Pahtayken*, 2010 CAF 169; *Bacon St-Onge c. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CF 1179, conf. par 2019 CAF 13; *Whalen c. Première Nation de Fort McMurray n° 468*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F.

Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217; *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249; *Anichinapéo v. Papatie*, 2014 FC 687, 458 F.T.R. 307; *Shirt v. Saddle Lake Cree Nation*, 2017 FC 364; *Redhead v. Miles*, 2019 FC 1605; *Joseph v. Schielke*, 2012 FC 1153, 419 F.T.R. 127; *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385; *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360; *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217; *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1.

217; *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269; *Anichinapéo c. Papatie*, 2014 CF 687; *Shirt c. Nation crie de Saddle Lake*, 2017 CF 364; *Redhead c. Miles*, 2019 CF 1605; *Joseph c. Schielke*, 2012 CF 1153; *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217; *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360; *R. c. Daoust*, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217; *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203.

AUTHORS CITED

Borrows, John. *Canada's Indigenous Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 2010.

Daly, Paul. "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", online: <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (May 20, 2020).

Evans, John. "Reviewing Delegated Legislation After Vavilov: Vires or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1.

Keyes, John Mark. "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to Vavilov", 2020 CanLIIDocs 3679.

Larousse Dictionnaire de français en ligne, « prophylaxie ».

Mills, Aaron, "The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today" (2016), 61:4 *McGill L.J.* 847.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3rd ed. Toronto: Irwin Law, 2016.

APPLICATION for judicial review challenging the validity of section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)* and the respondent Acho Dene Koe First Nation Band council's decision to postpone its elections. Declarations issued that council lacked power to extend its own term of office, that section 4 of Regulations *ultra vires*, invalid.

DOCTRINE CITÉE

Borrows, John. *La constitution autochtone du Canada*, Québec : Presses de l'Université du Québec, 2020.

Daly, Paul. "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", en ligne : <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (20 mai 2020).

Evans, John. "Reviewing Delegated Legislation After Vavilov: Vires or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1.

Keyes, John Mark. "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to Vavilov", 2020 CanLIIDocs 3679.

Larousse Dictionnaire de français en ligne. « prophylaxie ».

Mills, Aaron, «The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today» (2016), 61:4 *R.D. McGill* 847.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*, 3^e éd. Toronto : Irwin Law, 2016.

DEMANDE de contrôle judiciaire contestant la validité de l'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)* et la décision du conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter ses élections. Il a été déclaré que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du *Règlement* outrepassa le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.

APPEARANCES

Orlagh O’Kelly for applicant.
Madelaine Mackenzie for respondents.
Glen D. Jermyn and *Eve Coppinger* for respondent
Attorney General of Canada.
Evan Duffy for intervener.

SOLICITORS OF RECORD

Field Law, Edmonton, for applicant.
Juristes Power Law, Vancouver, for respondents.

Deputy Attorney General of Canada for respon-
dent Attorney General of Canada.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, for intervener.

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

[1] GRAMMOND J.: This case deals with the validity of a measure taken by the federal government in response to the COVID-19 pandemic. When the virus reached Canada, several First Nations were about to hold elections. Holding elections typically involves various forms of public gatherings. To avoid the risk of virus transmission at such gatherings, the federal government made regulations authorizing First Nations to postpone elections and to extend the term of office of their councils.

[2] Invoking these regulations, Acho Dene Koe First Nation twice postponed its elections and extended its council’s term of office, by a total of approximately one year. Acho Dene Koe asserts that the postponement and extension are also authorized by its customary law, independently of the federal regulations.

[3] The applicant, Mr. Bertrand, is a member of Acho Dene Koe. With the support of the intervener, the Band Members’ Alliance and Advocacy Association of Canada, he challenges the validity of the federal regulations and Acho Dene Koe’s decision to postpone the election.

ONT COMPARU :

Orlagh O’Kelly pour le demandeur.
Madelaine Mackenzie pour les défendeurs.
Glen D. Jermyn et *Eve Coppinger* pour le défen-
deur le procureur général du Canada.
Evan Duffy pour l’intervenante.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER

Field Law, Edmonton, pour le demandeur.
Juristes Power Law, Vancouver, pour les
défendeurs.
Le sous-procureur général du Canada pour le dé-
fendeur le procureur général du Canada.
Parlee McLaws LLP, Edmonton, pour
l’intervenante.

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

[1] LE JUGE GRAMMOND : La présente affaire porte sur la validité d’une mesure prise par le gouvernement fédéral en réponse à la pandémie de COVID-19. Lorsque le virus s’est propagé au Canada, plusieurs Premières Nations étaient sur le point de tenir des élections. La tenue d’élections implique généralement diverses formes de rassemblements publics. Pour éviter le risque de transmission du virus lors de ces rassemblements, le gouvernement fédéral a pris un règlement autorisant les Premières Nations à reporter les élections et à proroger le mandat de leurs conseils.

[2] Se fondant sur ce règlement, la Première Nation Acho Dene Koe a reporté à deux reprises ses élections et prorogé le mandat de son conseil d’environ un an au total. Elle affirme que le report et la prorogation sont également autorisés par son droit coutumier, indépendamment du règlement fédéral.

[3] Le demandeur, M. Bertrand, est un membre de la Première Nation Acho Dene Koe. Soutenu par l’intervenante, la Band Members’ Alliance and Advocacy Association of Canada, il conteste la validité du règlement fédéral ainsi que la décision de la Première Nation Acho Dene Koe de reporter l’élection.

[4] I agree with Mr. Bertrand. The federal regulations are invalid, because they are not authorized by the *Indian Act* [R.S.C., 1985, c. I-5]. When the *Indian Act* is considered in its totality, it is clear that paragraph 73(1)(f), which empowers the Governor in Council to make regulations “to prevent, mitigate and control the spread of diseases on reserves” does not encompass the regulation of elections. Moreover, Acho Dene Koe’s customary law requires elections to take place every three years and does not authorize the council to extend its own term of office.

I. Background

A. *Acho Dene Koe Governance*

[5] Acho Dene Koe First Nation is a signatory to Treaty 11 [1921]. It is located in the hamlet of Fort Liard in the Northwest Territories, where many of its members reside. It does not have a reserve. Although I do not have precise population figures, I was informed that there are approximately 550 members of voting age.

[6] Like most, if not all First Nations in the Northwest Territories, Acho Dene Koe was never brought under the regime of sections 74–80 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act), for the election of its council. Its name was never listed in the *Indian Bands Council Elections Order*, SOR/97-138, made pursuant to section 74 of the Act. Thus, according to the definition of “council of the band” in section 2 of the Act, Acho Dene Koe’s council is “chosen according to the custom.” As I explain below, the term “custom” in the *Indian Act* refers to various forms of Indigenous laws, which are not limited to “custom” in the narrow sense.

[7] Elsewhere in Canada, a policy of the federal government allows First Nations whose elections are governed by the *Indian Act* to “revert to custom” upon showing that their members approved an election code containing certain specified features. For this reason, there is a tendency to equate custom with an election code. This association,

[4] Je donne raison à M. Bertrand. Le règlement fédéral n’est pas valide, car il n’est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens* [L.R.C. (1985), ch. I-5]. Lorsqu’on examine la *Loi sur les Indiens* dans son ensemble, il est clair que l’alinéa 73(1)f, qui habilite le gouverneur en conseil à prendre un règlement concernant « la prophylaxie des maladies [...] sur les réserves » n’englobe pas la réglementation des élections. En outre, le droit coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe exige que les élections aient lieu tous les trois ans et n’autorise pas le conseil à proroger son propre mandat.

I. Contexte

A. *La gouvernance de la Première Nation Acho Dene Koe*

[5] La Première Nation Acho Dene Koe est signataire du Traité n° 11 [1921]. Elle est située dans le hameau de Fort Liard, dans les Territoires du Nord-Ouest, où résident bon nombre de ses membres. Elle n’a pas de réserve. Bien que je ne dispose pas de chiffres précis sur la population, j’ai été informé qu’il y a environ 550 membres en âge de voter.

[6] Comme la plupart sinon toutes les Premières Nations des Territoires du Nord-Ouest, la Première Nation Acho Dene Koe n’a jamais été assujettie au régime des articles 74 à 80 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), pour l’élection de son conseil. Son nom n’a jamais été inscrit dans l’*Arrêté sur l’élection du conseil de bandes indiennes*, DORS/97-138, pris en vertu de l’article 74 de la Loi. Ainsi, selon la définition de « conseil de la bande » à l’article 2 de la Loi, le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe est « choisi selon la coutume de celle-ci. » Comme je l’explique ci-dessous, le terme « coutume » dans la *Loi sur les Indiens* renvoie à diverses formes de droit autochtone, qui ne se limitent pas à la « coutume » au sens étroit.

[7] Ailleurs au Canada, une politique du gouvernement fédéral permet aux Premières Nations dont les élections sont régies par la *Loi sur les Indiens* de « revenir à la coutume » après avoir démontré que leurs membres ont approuvé un code électoral qui répond à certaines exigences. Pour cette raison, on a tendance à assimiler la coutume à

however, does not hold for First Nations, like Acho Dene Koe, that were never the subject of an order pursuant to section 74 of the Act: *Ratt v. Matchewan*, 2010 FC 160, 12 Admin. L.R. (5th) 48 (*Ratt*), at paragraphs 8–10. For these First Nations, the custom may be largely unwritten. This has been the source of some confusion in the present case. For some time, and up to his cross-examination in this case, Mr. Bertrand has asserted that because Acho Dene Koe lacks a valid election code, the *Indian Act* governs its elections. Through his counsel, he now acknowledges that this is incorrect and that custom governs the selection of Acho Dene Koe's council.

[8] I have limited information as to the content of Acho Dene Koe's electoral law. Mr. Bertrand provided his own evidence, as well as the affidavits of former Chief Harry Deneron and Elder Mary Kotchea. Mr. Deneron did not make himself available for cross-examination. Accordingly, I give little weight to his affidavit. Acho Dene Koe did not provide affidavits from its members, but filed council resolutions and other documents providing a summary outline of the recent history of its elections.

[9] Until 2007, elections in Acho Dene Koe were held every two years, although the council could call an early election. For example, Mr. Bertrand was elected chief in 2002 for a two-year term, but the council called another election in 2003, apparently to resolve a deadlock among its members. Mr. Bertrand was re-elected for two years, but lost to Mr. Deneron in the 2005 election.

[10] In 2007, the council proposed an election code, which, among other things, set the term of office of the council at three years. There is little evidence regarding the process by which the code would have been ratified by the members, and there are indications that this process was widely regarded as deficient. I will return to the legal status of the 2007 code later in these reasons.

un code électoral. Cette association ne vaut toutefois pas pour les Premières Nations comme Acho Dene Koe qui n'ont jamais fait l'objet d'un arrêté en vertu de l'article 74 de la Loi : *Ratt c. Matchewan*, 2010 CF 160 (*Ratt*), aux paragraphes 8 à 10. Pour ces Premières Nations, il arrive souvent que la coutume ne soit pas consignée par écrit. Cela a été la cause d'une certaine confusion dans la présente affaire. Pendant un certain temps, et jusqu'à son contre-interrogatoire dans le cadre de la présente affaire, M. Bertrand a affirmé que parce que la Première Nation Acho Dene Koe n'a pas de code électoral valide, la *Loi sur les Indiens* régit ses élections. Par l'intermédiaire de son avocate, il reconnaît aujourd'hui que cela est inexact et que la coutume régit la sélection du conseil de la Première Nation Acho Dene Koe.

[8] Je dispose de peu d'information sur le contenu du droit électoral de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand a présenté sa propre preuve ainsi que les affidavits de l'ancien chef Harry Deneron et de l'aînée Mary Kotchea. M. Deneron ne s'est pas rendu disponible pour un contre-interrogatoire. Par conséquent, j'accorde peu de poids à son affidavit. La Première Nation Acho Dene Koe n'a pas fourni d'affidavits de ses membres, mais a déposé des résolutions du conseil et d'autres documents fournissant un résumé de l'histoire récente de ses élections.

[9] Jusqu'en 2007, les élections à la Première Nation Acho Dene Koe avaient lieu tous les deux ans, mais le conseil pouvait convoquer une élection anticipée. Par exemple, M. Bertrand a été élu chef en 2002 pour un mandat de deux ans, mais le conseil a convoqué une nouvelle élection en 2003, apparemment pour résoudre une impasse entre ses membres. M. Bertrand a été réélu pour deux ans, mais a perdu contre M. Deneron lors de l'élection de 2005.

[10] En 2007, le conseil a proposé un code électoral qui fixait entre autres la durée du mandat du conseil à trois ans. La preuve concernant le processus de ratification du code par les membres est mince, et il semble que ce processus était largement considéré comme déficient. Je reviendrai sur le statut juridique du code de 2007 plus loin dans les présents motifs.

[11] In spite of the doubts regarding the validity or status of the 2007 code, the council adopted a resolution extending its term by one year. Elections were then held in 2008, 2011, 2014 and 2017, in each case for a three-year term. The current chief and council were elected on May 14, 2017. The 2017 election was conducted pursuant to a resolution setting May 14, 2020, as the end of the council's term.

[12] Acho Dene Koe began the process of preparing a new election code and circulated a draft to its members in the fall of 2019. This draft code provides for a three-year term. It was never adopted.

B. *The 2020 Extension of Term*

[13] On January 27, 2020, the council adopted three resolutions regarding the upcoming election. The first resolution purported to adopt the 2007 election code. In its recitals, the council expressed the view that Acho Dene Koe's members generally accept the code as establishing its custom election process. For reasons that were not explained, the council apparently abandoned the draft 2019 code. The two other resolutions set the date of the election for June 8, 2020, and extended the term of office of council by approximately three weeks.

[14] On March 11, 2020, the World Health Organization declared COVID-19 to be a pandemic. In the following days and weeks, all levels of government in Canada, including First Nations, implemented a wide array of measures intended to contain the pandemic. One specific impact of the pandemic on First Nations pertained to the holding of elections. Concerns were raised regarding the transmission of the virus at public events related to elections, including nomination meetings, campaigning and voting. In response to these concerns, on April 8, 2020, the federal government made the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84 (the Regulations).

[11] Malgré les doutes concernant la validité ou le statut du code de 2007, le conseil a adopté une résolution prorogeant son mandat d'un an. Des élections ont ensuite eu lieu en 2008, en 2011, en 2014 et en 2017, chaque fois pour un mandat de trois ans. Le chef et le conseil actuels ont été élus le 14 mai 2017. L'élection de 2017 a eu lieu conformément à une résolution qui fixait au 14 mai 2020 la fin du mandat du conseil.

[12] La Première Nation Acho Dene Koe a entamé le processus de préparation d'un nouveau code électoral et a fait circuler une ébauche parmi ses membres à l'automne 2019. Ce projet de code prévoit un mandat de trois ans. Il n'a jamais été adopté.

B. *La prorogation du mandat en 2020*

[13] Le 27 janvier 2020, le conseil a adopté trois résolutions concernant la prochaine élection. La première résolution prétendait adopter le code électoral de 2007. Dans ses attendus, le conseil a exprimé l'opinion selon laquelle les membres de la Première Nation Acho Dene Koe considèrent de façon générale que le code établit son processus électoral coutumier. Pour des raisons qui n'ont pas été expliquées, le conseil a apparemment abandonné le projet de code de 2019. Les deux autres résolutions ont fixé la date de l'élection au 8 juin 2020 et prolongé la durée du mandat du conseil d'environ trois semaines.

[14] Le 11 mars 2020, l'Organisation mondiale de la santé a déclaré que la COVID-19 était une pandémie. Dans les jours et les semaines qui ont suivi, tous les ordres de gouvernement au Canada, y compris les Premières Nations, ont mis en œuvre un large éventail de mesures destinées à contenir la pandémie. L'une des répercussions concrètes de la pandémie sur les Premières Nations concernait la tenue d'élections. Des préoccupations ont été soulevées au sujet de la transmission du virus lors d'événements publics liés aux élections, notamment les assemblées de nomination, la campagne électorale et le vote. En réponse à ces préoccupations, le gouvernement fédéral a pris le 8 avril 2020 le *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84 [le Règlement].

[15] On April 20, 2020, Acho Dene Koe’s council adopted a resolution noting concerns with conducting an election or a membership meeting, extending the council’s term until November 14, 2020, and postponing the election to October 14, 2020. The resolution’s recitals include the following:

WHEREAS on April 9, 2020, the Government of Canada provided Acho Dene Koe First Nation with a copy and interpretation of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)* (the “Regulations”); and

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation’s Custom Election Code is silent on the cancellation or postponement of an election; and

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation Council has serious and well-founded concerns that holding June 2020 election poses a serious risk of the spread or infection of COVID-19 to candidates, Acho Dene Koe First Nation members and the residents of Fort Liard

[16] On September 14, 2020, the council adopted a further resolution extending the term of council by another six months, that is, until May 14, 2021, and setting the date of the election for April 14, 2021. The council noted the same concerns as in previous resolutions. The resolution also contains the following recitals:

WHEREAS in 2007, Council as they extended the term of the leadership for twelve (12) months to allow for continuity in negotiations involving the self-government and land claim with the Government of Canada and the Government of Northwest Territories; and

...

WHEREAS as a result, the Chief and Council of Acho Dene Koe First Nation have found that the membership supports a postponement of the election from November 2020 to May 2021 as being justifiable to allow for continuity with the treaty negotiations, to provide for the management of member support during the pandemic consistently, and for the protection of health and welfare

[15] Le 20 avril 2020, le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a adopté une résolution qui, après avoir fait état de préoccupations concernant la tenue d’une élection ou d’une assemblée des membres, prorogeait le mandat du conseil jusqu’au 14 novembre 2020 et reportait l’élection au 14 octobre 2020. Parmi les attendus de la résolution, on retrouve ce qui suit :

[TRADUCTION] ATTENDU QUE, le 9 avril 2020, le gouvernement du Canada a remis à la Première Nation Acho Dene Koe une copie et une interprétation du *Règlement concernant l’annulation ou le report d’élections au sein de premières nations (prévention de maladies)* (le « Règlement »);

ATTENDU QUE le code électoral coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe ne traite pas de l’annulation ou du report d’une élection; [...]

ATTENDU QUE le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a des préoccupations importantes et fondées quant au fait que la tenue de l’élection de juin 2020 présente un risque majeur de propagation ou d’infection par la COVID-19 pour les candidats, les membres de la Première Nation Acho Dene Koe et les résidents de Fort Liard; [...]

[16] Le 14 septembre 2020, le conseil a adopté une autre résolution prorogeant le mandat du conseil de six mois supplémentaires, c’est-à-dire jusqu’au 14 mai 2021, et fixant la date de l’élection au 14 avril 2021. Le conseil a exprimé les mêmes préoccupations que dans les résolutions précédentes. La résolution contient également les attendus suivants :

[TRADUCTION] ATTENDU QU’en 2007, le conseil a prorogé le mandat des dirigeants pour une période de douze (12) mois afin de permettre la continuité des négociations sur l’autonomie gouvernementale et la revendication territoriale avec le gouvernement du Canada et le gouvernement des Territoires du Nord-Ouest;

[...]

ATTENDU QUE, par conséquent, le chef et le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe ont constaté que les membres appuient le report de l’élection de novembre 2020 à mai 2021, estimant qu’il est justifiable pour permettre la continuité des négociations du traité, pour assurer la gestion du soutien aux membres pendant la pandémie, et pour protéger la santé et le bien-être des aînés

of elders and members during both the election campaigning and the actual balloting on election vote day;

[17] On October 22, 2020, Mr. Bertrand brought the present application for judicial review of the September 14, 2020 decision, and seeking orders of *mandamus* and *quo warranto* and a declaration that the Regulations are *ultra vires*.

[18] On December 7, 2020, council adopted a further resolution calling the election, appointing a chief electoral officer and an appeals committee consisting of one person, Mr. Garth Wallbridge, a lawyer in Yellowknife. Of note, the resolution states that these appointments are made pursuant to the 2007 election code.

[19] Given an outbreak of COVID-19 in the community, the date of the election was postponed from April 14 to April 26, 2021.

[20] Meanwhile, Mr. Bertrand filed his nomination papers for chief. The returning officer, however, rejected his candidacy, because of his outstanding debt towards one of Acho Dene Koe's subsidiaries. Mr. Bertrand applied for judicial review of this decision and brought a motion for interim relief. Although the motion was heard concurrently with this application, I issued my decision on the motion first, given the urgency. For reasons indexed as [*Bertrand v. Acho Dene Kow First Nation*] 2021 FC 257, I dismissed Mr. Bertrand's motion. Nothing in the present reasons affects the decision I made regarding the motion.

II. Analysis

A. *Preliminary Issues*

(1) Time Limit

[21] Acho Dene Koe argues that Mr. Bertrand did not bring the present application within 30 days of the decision challenged, as required by subsection 18.1(2) of the

et des membres pendant la campagne électorale et le vote proprement dit le jour du scrutin; [...]

[17] Le 22 octobre 2020, M. Bertrand a déposé la présente demande de contrôle judiciaire de la décision du 14 septembre 2020 et a sollicité des ordonnances de *mandamus* et de *quo warranto* ainsi qu'un jugement déclaratoire portant que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[18] Le 7 décembre 2020, le conseil a adopté une autre résolution convoquant l'élection, nommant un directeur général des élections et un comité d'appel composé d'une seule personne, M. Garth Wallbridge, un avocat de Yellowknife. Il convient de noter que la résolution précise que ces nominations sont effectuées conformément au code électoral de 2007.

[19] En raison d'une éclosion de COVID-19 dans la communauté, la date de l'élection a été reportée du 14 avril au 26 avril 2021.

[20] Entre-temps, M. Bertrand a déposé sa déclaration de candidature au poste de chef. Le directeur du scrutin a toutefois rejeté sa candidature en raison de sa dette impayée envers l'une des filiales de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand a demandé un contrôle judiciaire de cette décision et a introduit une requête en vue d'obtenir une mesure provisoire. Bien que la requête ait été entendue en même temps que la présente demande, j'ai rendu ma décision sur la requête en premier, étant donné l'urgence. Pour les motifs énoncés dans la décision ayant pour référence [*Bertrand c. Première Nation Acho Dene Koe*] 2021 CF 257, j'ai rejeté la requête de M. Bertrand. Rien dans les présents motifs n'a d'incidence sur la décision que j'ai prise concernant la requête.

II. Analyse

A. *Questions préliminaires*

1) Le délai

[21] La Première Nation Acho Dene Koe fait valoir que M. Bertrand n'a pas présenté la demande dans les 30 jours suivant la décision contestée comme l'exige

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7. The decision challenged is the council's resolution of September 14, 2020. However, Mr. Bertrand states in his affidavit that he learned of this decision only on September 24, 2020. Therefore, he brought this application within the prescribed time limit.

[22] Moreover, to the extent that Mr. Bertrand is seeking a writ of *quo warranto*, which challenges a person's authority to hold public office, the time limit set by subsection 18.1(2) does not apply, as the remedy is not in respect of a decision: *Krause v. Canada*, [1999] 2 F.C. 476, (1999), 236 N.R. 317 (C.A.).

[23] At this juncture, I would also point out that changes in a First Nation's laws, including customary laws, are not "decisions" that must be challenged within 30 days. If a decision is challenged, the Court may decide whether the custom on which the decision is alleged to be based has been proven. The fact that the events giving rise to the custom happened in a distant past does not insulate the matter from review.

(2) Mootness

[24] Acho Dene Koe also argues that the matter has become moot because an election has been called for April 26, 2021. It also notes that the Regulations will be repealed on April 8, 2021, according to their own terms. The Attorney General does not raise the mootness argument.

[25] According to the decision of the Supreme Court of Canada in *Borowski v. Canada (Attorney General)*, [1989] 1 S.C.R. 342, (1989), 57 D.L.R. (4th) 231 (*Borowski*), to decide whether a case should be dismissed as moot, courts must ask themselves the following questions:

- (1) Whether the required tangible and concrete dispute has disappeared and the issues have become academic; and
- (2) Whether, if the response to the first question is affirmative, the court should exercise its discretion to hear the case.

le paragraphe 18.1(2) de la *Loi sur les Cours fédérales*, L.R.C. (1985), ch. F-7. La décision contestée est la résolution du conseil du 14 septembre 2020. Or, M. Bertrand affirme dans son affidavit qu'il n'a eu connaissance de cette décision que le 24 septembre 2020. Il a donc introduit la présente demande dans le délai prescrit.

[22] De plus, dans la mesure où M. Bertrand sollicite un bref de *quo warranto* pour contester le droit d'une personne d'occuper une charge publique, le délai fixé au paragraphe 18.1(2) ne s'applique pas, car le recours ne porte pas sur une décision : *Krause c. Canada*, [1999] 2 C.F. 476 (C.A.).

[23] À ce stade, je tiens également à souligner que les changements apportés aux lois d'une Première Nation, y compris les lois coutumières, ne sont pas des « décisions » qui doivent être contestées dans les 30 jours. Si une décision est contestée, la Cour peut déterminer si la coutume sur laquelle la décision est censée être fondée a été prouvée. Le fait que les événements à l'origine de la coutume se soient produits dans un passé lointain ne met pas l'affaire à l'abri d'un contrôle.

2) Le caractère théorique

[24] La Première Nation Acho Dene Koe fait également valoir que l'affaire est devenue sans objet parce qu'une élection a été convoquée pour le 26 avril 2021. Elle précise également que le Règlement sera abrogé le 8 avril 2021, selon son propre texte. Le procureur général ne soulève pas l'argument du caractère théorique.

[25] Selon l'arrêt *Borowski c. Canada (Procureur général)*, [1989] 1 R.C.S. 342 (*Borowski*) de la Cour suprême du Canada, pour décider si une affaire doit être rejetée en raison de son caractère théorique, les tribunaux doivent chercher à savoir :

- 1) si le différend concret et tangible a disparu et si la question est devenue purement théorique;
- 2) dans l'affirmative, si le tribunal doit exercer son pouvoir discrétionnaire et entendre l'affaire.

[26] I agree that the immediate dispute that gave rise to this application will lose its substance because of the April 26 election. The electoral process is well underway and there is no reason to believe that it will be postponed again. In this regard, Mr. Bertrand concedes that his application for an order of *mandamus* compelling Acho Dene Koe to hold an election is now moot. Nevertheless, he asserts that *quo warranto* remains relevant, as the fact that the current council is illegally in office could affect the validity of its decisions. In the absence of a challenge to a specific decision made by the current council, I fail to see any practical difference between *quo warranto* and *mandamus*. An order of *quo warranto* would simply remove office holders whose term is set to expire in a matter of days or weeks. Both remedies will become moot on April 26 or shortly thereafter.

[27] This, however, does not end the inquiry. According to *Borowski*, courts have discretion to hear moot matters. In that case, the Supreme Court highlighted three considerations that are relevant to the exercise of this discretion: the adversarial nature of the judicial process, the need to promote judicial economy and the adjudicative role of the courts; see also *Amgen Canada Inc. v. Apotex Inc.*, 2016 FCA 196, 141 C.P.R. (4th) 245, at paragraph 16. In particular, the Court in *Borowski* recognized that judicial economy might be counterbalanced by the fact that a question has proved evasive of review or that there is a social cost to leaving the issue unsettled.

[28] In light of these factors, I exercise my discretion to hear this matter on the merits. The main reason is that in doing so, I will clarify important issues with respect to the effect of the COVID-19 pandemic on First Nations' electoral processes: the validity of the Regulations and the framework for assessing a First Nation's assertion of a customary power to extend the term of its council. From the outset, the validity of the Regulations has been questioned: see, for example, Paul Daly, "Broad Regulations on Narrow Statutory Bases: The First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84", online: <https://>

[26] Je conviens que le différend actuel qui a donné lieu à la présente demande perdra son objet essentiel en raison de l'élection du 26 avril. Le processus électoral est bien engagé et il n'y a aucune raison de penser qu'il sera à nouveau reporté. À cet égard, M. Bertrand concède que sa demande d'ordonnance de *mandamus* afin d'obliger la Première Nation Acho Dene Koe à tenir une élection est devenue théorique. Néanmoins, il affirme que le *quo warranto* reste pertinent, car le fait que le mandat du conseil actuel soit illégal pourrait affecter la validité de ses décisions. En l'absence d'une contestation d'une décision précise prise par le conseil actuel, je ne vois pas de différence pratique entre le *quo warranto* et le *mandamus*. Une ordonnance de *quo warranto* permettrait simplement de révoquer les titulaires de fonctions dont le mandat doit expirer dans quelques jours ou semaines. Les deux recours deviendront sans objet le 26 avril ou peu après.

[27] Cela ne règle toutefois pas entièrement la question. Selon l'arrêt *Borowski*, les tribunaux ont le pouvoir discrétionnaire d'entendre des affaires théoriques. Dans cette affaire, la Cour suprême a souligné trois considérations pertinentes pour l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire : la nature contradictoire du processus judiciaire, la nécessité de promouvoir l'économie des ressources judiciaires et le respect de la fonction juridictionnelle des tribunaux; voir également l'arrêt *Amgen Canada Inc. c. Apotex Inc.*, 2016 CAF 196, au paragraphe 16. Dans l'arrêt *Borowski*, la Cour a en particulier reconnu que l'économie des ressources judiciaires pouvait être contrebalancée par le fait qu'une question échappe à l'examen judiciaire ou le coût social associé au fait de laisser la question non résolue.

[28] À la lumière de ces facteurs, j'exerce mon pouvoir discrétionnaire pour statuer sur le fond de la présente affaire. Je le fais principalement pour pouvoir clarifier des questions importantes concernant l'effet de la pandémie de COVID-19 sur les processus électoraux des Premières Nations, à savoir la validité du Règlement et le cadre d'évaluation de l'affirmation par une Première Nation d'un pouvoir coutumier de proroger le mandat de son conseil. Dès le départ, la validité du Règlement a été remise en question : voir, par exemple, Paul Daly, « Broad Regulations on Narrow Statutory Bases : The First Nations Election

www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/ (May 20, 2020). It is not desirable to leave the issue unsettled.

[29] These issues do not belong to the past. The COVID-19 pandemic is not over. While the Regulations are set to expire on April 8, their effects may continue for the following six months, or perhaps longer, and the Governor in Council may choose to renew them. If Acho Dene Koe is correct in asserting a general power to postpone elections in “exigent circumstances,” this power would not be subject to any sunset clause.

[30] Despite their importance for First Nations governance and the fact that the Regulations have been in force for almost one year, these issues have so far evaded review. Terms of office may have been extended for periods shorter than the time necessary to perfect an application for judicial review. In this regard, I am informed that applications to this Court challenging the validity of the Regulations were discontinued when an election was called. Moreover, First Nation members who wish to bring such challenges may well face practical difficulties. On occasion, this Court has heard cases involving issues of importance for First Nations governance despite the matter being moot: see, for example, *Esquega v. Canada (Attorney General)*, 2007 FC 878, [2008] 1 F.C.R. 795, at paragraph 52; *McKenzie v. Mikisew Cree First Nation*, 2020 FC 1184, at paragraphs 52–53.

[31] In addition, the adversarial process was fully functioning in this case and the relief sought is compatible with the Court’s adjudicative role. Thus, exercising my discretion to hear the matter on the merits is consistent with the framework laid out in *Borowski*.

Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases) SOR/2020-84 », en ligne : <https://www.administrativelawmatters.com/blog/2020/05/27/broad-regulations-on-narrow-statutory-bases-the-first-nations-election-cancellation-and-postponement-regulations-prevention-of-diseases-sor-2020-84/> (27 mai 2020). Il n’est pas souhaitable de laisser la question en suspens.

[29] Ces questions n’appartiennent pas au passé. La pandémie de COVID-19 n’est pas terminée. Bien que le Règlement doive expirer le 8 avril, ses effets peuvent perdurer pendant les six mois suivants, ou peut-être plus longtemps, et le gouverneur en conseil peut décider de prolonger sa validité. Si la Première Nation Acho Dene Koe a raison d’affirmer qu’il existe un pouvoir général de reporter les élections en cas de « situation d’urgence », ce pouvoir ne serait soumis à aucune limite temporelle.

[30] Malgré leur importance pour la gouvernance des Premières Nations et le fait que le Règlement est en vigueur depuis près d’un an, ces questions ont jusqu’à présent échappé à tout examen. Les mandats des conseils peuvent avoir été prorogés pour des périodes plus courtes que le temps nécessaire à l’introduction d’une demande de contrôle judiciaire. À cet égard, j’ai appris que des demandes déposées devant notre Cour pour contester la validité du Règlement ont été abandonnées lorsqu’une élection a été convoquée. De plus, les membres des Premières Nations qui souhaitent introduire de telles contestations pourraient bien se heurter à des difficultés pratiques. Il est déjà arrivé à la Cour d’entendre des affaires portant sur des questions importantes pour la gouvernance des Premières Nations, même si elles étaient sans objet : voir, par exemple, *Esquega c. Canada (Procureur général)*, 2007 CF 878, [2008] 1 R.C.F. 795, au paragraphe 52; *McKenzie c. Première Nation crie Mikisew*, 2020 CF 1184, aux paragraphes 52 et 53.

[31] En outre, le processus contradictoire a pleinement fonctionné en l’espèce et la réparation demandée est compatible avec les fonctions décisionnelles de la Cour. Ainsi, l’exercice de mon pouvoir discrétionnaire de statuer sur le fond de l’affaire est conforme au cadre établi dans l’arrêt *Borowski*.

B. *Extension of Term of Office According to Acho Dene Koe Law*

[32] The first step of the analysis is to consider the validity of the extension of the council’s term of office and the postponement of the election from the perspective of Acho Dene Koe law. If this law authorizes the extension and postponement, it will be unnecessary to consider the effect and validity of the federal Regulations.

[33] The parties have discussed two sources of Acho Dene Koe law. One is written and legislated: the 2007 election code. The other one is custom properly speaking, that is, the practices followed by Acho Dene Koe and attracting the broad consensus of its members.

[34] Acho Dene Koe has not taken a firm position as to the validity of the 2007 code, but states that its main features, including a three-year term of office, have acquired the force of custom. Moreover, it argues that the custom is flexible and allows the incumbent council to extend its own term of office in “exigent circumstances.” Mr. Bertrand disputes these assertions and rather takes the position that the customary term of office is two years and that the current council’s term ended in 2019.

[35] For the following reasons, I find that the evidence does not establish that the 2007 code was validly enacted or acquired the force of custom. Nevertheless, the three-year term of office is now firmly entrenched. However, there is no basis for the council’s power to extend its own term.

(1) Nature and Proof of Written and Customary Indigenous Laws

[36] The *Indian Act* states that a First Nation’s council is “chosen according to the custom of the band”, unless the election regime in sections 74–80 is specifically made applicable to that First Nation. In doing so, Parliament referred to a set of norms that find their source and legitimacy outside of the Canadian legal system and that can be described as Indigenous law: *Gamblin v. Norway*

B. *La prorogation du mandat selon le droit de la Première Nation Acho Dene Koe*

[32] La première étape de l’analyse consiste à examiner la validité de la prorogation du mandat du conseil et du report de l’élection au regard du droit de la Première Nation Acho Dene Koe. Si ce droit autorise la prorogation et le report, il sera inutile d’examiner l’effet et la validité du règlement fédéral.

[33] Les parties ont invoqué deux sources du droit de la Première Nation Acho Dene Koe. L’une est fondée sur la promulgation écrite : il s’agit du code électoral de 2007. L’autre est la coutume à proprement parler, c’est-à-dire les pratiques suivies par la Première Nation Acho Dene Koe et faisant l’objet d’un large consensus parmi ses membres.

[34] La Première Nation Acho Dene Koe n’a pas pris de position ferme quant à la validité du code de 2007, mais affirme que ses principales caractéristiques, notamment le mandat de trois ans, ont acquis la force d’une coutume. En outre, elle fait valoir que la coutume est souple et permet au conseil en place de proroger son propre mandat dans une « situation d’urgence ». M. Bertrand conteste ces affirmations et fait plutôt valoir que la durée habituelle du mandat est de deux ans et que le mandat du conseil actuel s’est terminé en 2019.

[35] Pour les raisons suivantes, je conclus que la preuve n’établit pas que le code de 2007 a été valablement promulgué ou a acquis la force d’une coutume. Néanmoins, le mandat de trois ans est désormais bien ancré. Il n’y a cependant aucun fondement au pouvoir du conseil de proroger son propre mandat.

1) La nature et la preuve du droit autochtone écrit et coutumier

[36] La *Loi sur les Indiens* précise que le conseil d’une Première Nation est « choisi selon la coutume de [la bande] » à moins que le régime électoral prévu aux articles 74 à 80 ne soit expressément applicable à cette Première Nation. Ce faisant, le législateur a renvoyé à un ensemble de normes qui trouvent leur source et leur légitimité en dehors du système juridique canadien et que l’on

House Cree Nation Band Council, 2012 FC 1536, 55 Admin. L.R. (5th) 1, at paragraph 34; *Pastion v. Dene Tha' First Nation*, 2018 FC 648, [2018] 4 F.C.R. 467 (*Pastion*), at paragraph 7. In *Bone v. Sioux Valley Indian Band No. 290 Council*, [1996] 3 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.) (*Bone*), at paragraph 31, Justice Heald mentioned that the *Indian Act*:

... does not confer a power upon a Band to develop a custom for selecting its council. Rather, it recognizes that an Indian Band has customs, developed over decades if not centuries, which may include a custom for selecting the Band's Chief and Councillors.

[37] The test developed by this Court for the recognition of custom is tied to the concept of consent of the governed: *McLeod Lake Indian Band v. Chingee* (1998), 165 D.L.R. (4th) 358, 153 F.T.R. 257 (F.C.T.D.) (*Chingee*), at paragraph 8. In *Bigstone v. Big Eagle*, [1993] 1 C.N.L.R. 25, at page 34, (1992), 52 F.T.R. 109 (F.C.T.D.) [at paragraph 20], Justice Strayer stated that custom includes “practices for the choice of a council which are generally acceptable to members of the band, upon which there is a broad consensus.” This test has been followed ever since: see, for example, *Oakes v. Pahtayken*, 2010 FCA 169, 405 N.R. 250, at paragraph 5. One of its consequences must be underlined: custom is made by the community, not the council: *Bone*, at paragraph 29; *Bacon St-Onge v. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 FC 1179, at paragraph 72, affd 2019 FCA 13 (*Bacon St-Onge*); *Whalen v. Fort McMurray No. 468 First Nation*, 2019 FC 732, [2019] 4 F.C.R. 217 (*Whalen*), at paragraph 48.

[38] Pursuant to this test, this Court has recognized various forms of Indigenous law, beyond “custom” in the strict meaning of the word: *Whalen*, at paragraph 32.

[39] First, a First Nation may enact an election code or similar legislation through the vote of a majority of its members. This combines what Professor John Borrows calls the positivistic and deliberative sources of Indigenous law: *Canada's Indigenous Constitution*

peut qualifier de droit autochtone : *Gamblin c. Conseil de bande de la nation crie de Norway House*, 2012 CF 1536, au paragraphe 34; *Pastion c. Première Nation Dene Tha'*, 2018 CF 648, [2018] 4 R.C.F. 467 (*Pastion*), au paragraphe 7. Dans la décision *Bone c. Conseil de la bande indienne de Sioux Valley n° 290*, [1996] A.C.F. n° 150 (QL) (1^{re} inst.) (*Bone*), au paragraphe 33, le juge Heald a déclaré que la *Loi sur les Indiens* :

[...] n'accorde pas à une bande le pouvoir de créer une coutume pour sélectionner ses conseillers. [Elle] reconnaît plutôt qu'une bande [indienne] possède des coutumes qui remontent à des décennies, sinon des siècles, et qui peuvent porter sur le choix de son chef et de ses conseillers.

[37] Le critère élaboré par notre Cour pour la reconnaissance de la coutume est lié au concept du consentement des gouvernés : *Bande indienne de McLeod Lake c. Chingee*, 1998 CanLII 8267, [1998] A.C.F. n° 1185 (QL) (1^{re} inst.) (*Chingee*), au paragraphe 8. Dans la décision *Bigstone c. Big Eagle*, [1992] A.C.F. n° 16 (QL) (1^{re} inst.), au paragraphe 20, le juge Strayer a déclaré que la coutume doit inclure « des pratiques touchant le choix d'un conseil qui sont généralement acceptables pour les membres de la bande, qui font donc l'objet d'un large consensus ». Ce critère a été suivi depuis lors : voir, par exemple, *Oakes c. Pahtayken*, 2010 CAF 169, au paragraphe 5. Une de ses conséquences doit être soulignée : la coutume est produite par la communauté, et non par le conseil : *Bone*, au paragraphe 29; *Bacon St-Onge c. Conseil des Innus de Pessamit*, 2017 CF 1179, au paragraphe 72, confirmée par 2019 CAF 13 (*Bacon St-Onge*); *Whalen c. Première Nation de Fort McMurray n° 468*, 2019 CF 732, [2019] 4 R.C.F. 217 (*Whalen*), au paragraphe 48.

[38] Conformément à ce critère, notre Cour a reconnu diverses formes de droit autochtone, qui dépassent largement la « coutume » au sens strict du terme : *Whalen*, au paragraphe 32.

[39] Premièrement, une Première Nation peut adopter un code électoral ou une loi similaire par le vote de la majorité de ses membres. Cela combine ce que le professeur John Borrows appelle les sources positivistes et délibératives du droit autochtone : *La constitution*

(Toronto: University of Toronto Press, 2010) (Borrows, *Indigenous Constitution*), at pages 35–51. Provided that the conditions in which the vote was taken were satisfactory, this Court has been prepared to consider that codes adopted by a First Nation’s membership constitute “custom” in this sense: *Chingee; Taypotat v. Taypotat*, 2012 FC 1036, [2013] 1 C.N.L.R. 349 (*Taypotat*), at paragraphs 29–35.

[40] Second, custom may find its origin in practice. Custom, indeed, need not be written: *Bone*, at paragraph 56. Nevertheless, to be recognized as custom in this sense, a practice must still attract the broad consensus of the community. In *Francis v. Mohawk Council of Kanesatake*, 2003 FCT 115, [2003] 4 F.C. 1133 (*Francis*), at paragraph 36, my colleague Justice Luc Martineau described the relevant burden of proof as follows:

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.

[41] A court asked to declare the content of a First Nation’s custom must of course base itself on the evidence before it. In this regard, the party who invokes custom must prove it: *Fort McKay First Nation v. Orr*, 2012 FCA 269, [2013] 1 C.N.L.R. 249, at paragraph 20. It may be relatively easy to deduce custom from practice with respect to the basic parameters of an electoral regime, for example the term of office or the number of councillors. With respect to more specific features of the regime, however, a generalized and consistently followed practice may be more difficult to establish. If the party invoking such a custom fails to bring sufficient evidence, the feature in question will be held to be absent from the First Nation’s electoral regime. For example, our Court has held that there is no appeal mechanism unless proof is made according to the *Francis* standard: *Anichinapéo v. Papatie*, 2014 FC 687, 458 F.T.R. 307, at paragraphs 45–47; *Shirt v. Saddle Lake Cree Nation*, 2017 FC 364 (*Shirt*), at paragraph 45; *Redhead v. Miles*,

autochtone du Canada (Québec : Presses de l’Université du Québec, 2020), aux pages 56 à 77 (Borrows, *La constitution autochtone*). Pour autant que les conditions dans lesquelles le vote a eu lieu soient satisfaisantes, notre Cour a été disposée à considérer que les codes adoptés par les membres d’une Première Nation constituent une « coutume » dans ce sens : *Chingee; Taypotat c. Taypotat*, 2012 CF 1036 (*Taypotat*), aux paragraphes 29 à 35.

[40] Deuxièmement, la coutume peut trouver son origine dans la pratique. En effet, il n’est pas nécessaire de consigner la coutume par écrit : *Bone*, au paragraphe 56. Néanmoins, pour être reconnue comme une coutume dans ce sens, une pratique doit tout de même faire l’objet d’un large consensus au sein de la communauté. Dans la décision *Francis c. Conseil mohawk de Kanesatake*, 2003 CFPI 115, [2003] 4 C.F. 1133 (*Francis*), au paragraphe 36, mon collègue le juge Luc Martineau a décrit le fardeau de la preuve pertinent comme suit :

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.

[41] Un tribunal appelé à déclarer le contenu de la coutume d’une Première Nation doit bien entendu se baser sur les preuves dont il dispose. À cet égard, la partie qui invoque la coutume doit en faire la preuve : *Première nation de Fort McKay c. Orr*, 2012 CAF 269, au paragraphe 20. Dédire la coutume de la pratique peut être relativement facile en ce qui a trait aux paramètres de base d’un régime électoral, comme la durée du mandat ou le nombre de conseillers. Cependant, en ce qui concerne des aspects plus précis du régime, une pratique généralisée et suivie de manière cohérente peut être plus difficile à établir. Si la partie qui invoque une telle coutume n’apporte pas de preuves suffisantes, la caractéristique en question sera considérée comme absente du régime électoral de la Première Nation. Par exemple, notre Cour a jugé qu’il n’y a pas de mécanisme d’appel si la preuve n’est pas faite selon la norme énoncée dans la décision *Francis : Anichinapéo c. Papatie*, 2014 CF 687, aux paragraphes 45 à 47; *Shirt c. Nation crie de Saddle*

2019 FC 1605, at paragraph 54. The same is true of rules allowing for the removal or recall of councillors: *Joseph v. Schielke*, 2012 FC 1153, 419 F.T.R. 127, at paragraphs 37–41; *Whalen*, at paragraphs 57–67.

[42] Before proceeding further, I note that Indigenous laws may have sources other than positivistic, deliberative or customary. For example, Professor Borrows mentions sacred or natural sources: Borrows, Indigenous Constitution, at pages 23–34. Professor Aaron Mills suggests that Indigenous laws are rooted in Indigenous philosophies and worldviews: “The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today” (2016), 61:4 *McGill L.J.* 847. As in *Ratt*, Indigenous election laws may be rooted in such sources. As the parties have not attempted to prove such sources in the present case, I will say nothing further about this possibility.

(2) The 2007 Draft Election Code

[43] If the 2007 draft election code formed part of Acho Dene Koe’s law, this would settle the issues regarding the council’s term of office. However, the evidence is insufficient to establish that this draft either was adopted in 2007—as “positivistic” Indigenous law—or was generally followed thereafter, so that it became customary Indigenous law.

[44] The parties brought little evidence from witnesses having first-hand knowledge of the process through which the draft was put before Acho Dene Koe’s membership. Mr. Bertrand states that after having learned of the purported adoption of the draft at a little-attended membership meeting, he initiated a petition against the adoption of the draft, which garnered about 60 signatures, and brought his concerns to the attention of the regional director of the department then known as Indian and Northern Affairs. In a letter to the chief and council dated May 31, 2008, the regional director, Mr. George Cleary, stated:

Lake, 2017 CF 364 (*Shirt*), au paragraphe 45; *Redhead c. Miles*, 2019 CF 1605, au paragraphe 54. Il en va de même pour les règles permettant la destitution ou la révocation des conseillers : *Joseph c. Schielke*, 2012 CF 1153, aux paragraphes 37 à 41; *Whalen*, aux paragraphes 57 à 67.

[42] Avant de poursuivre, je précise que le droit autochtone peut avoir des sources autres que positivistes, délibératives ou coutumières. Par exemple, le professeur Borrows mentionne des sources sacrées ou naturelles : Borrows, *La constitution autochtone*, aux pages 43 à 56. Selon le professeur Aaron Mills, le droit autochtone est enraciné dans les philosophies et les visions du monde autochtones : « The Lifeworlds of Law: On Revitalizing Indigenous Legal Orders Today » (2016), 61:4 *R.D. McGill* 847. Comme dans l’affaire *Ratt*, les lois électorales autochtones peuvent être ancrées dans de telles sources. Comme les parties n’ont pas tenté de prouver l’existence de telles sources en l’espèce, je ne dirai rien de plus sur cette possibilité.

2) Le projet de code électoral de 2007

[43] Si le projet de code électoral de 2007 faisait partie du droit de la Première Nation Acho Dene Koe, cela réglerait les questions relatives à la durée du mandat du conseil. Cependant, les preuves sont insuffisantes pour établir que ce projet a été adopté en 2007 — en tant que droit autochtone « positiviste » — ou qu’il a été suivi de façon généralisée par la suite, de sorte qu’il est devenu du droit autochtone coutumier.

[44] Les parties ont présenté peu de preuves provenant de témoins ayant une connaissance directe du processus par lequel le projet a été soumis aux membres de la Première Nation Acho Dene Koe. M. Bertrand affirme qu’après avoir appris la prétendue adoption du projet lors d’une réunion des membres à laquelle il n’a pas assisté, il a lancé une pétition contre son adoption, qui a recueilli une soixantaine de signatures, et a porté ses préoccupations à l’attention du directeur régional du ministère alors appelé Affaires indiennes et du Nord Canada. Dans une lettre adressée au chef et au conseil datée du 31 mai 2008, le directeur régional, M. George Cleary, a déclaré :

It has been expressed that the ratification process used to adopt the new election code did not allow for meaningful participation by the majority of community members. We have been informed that membership may not have been provided with adequate notice and therefore did not have an opportunity to participate in the ratification process. This in turn may have significantly impacted upon the results of the vote.

In light of the concerns raised by your membership, I would urge you to revisit the ratification process with your membership in a way that allows for full community participation in the process.

[45] Based on this information, and bearing in mind that the party alleging custom must prove it, I cannot find that the 2007 draft code was enacted in a manner that attracted the broad consensus of the community, according to the guidelines laid out in *Chingee* and *Taypotat*.

[46] The 2007 draft code may nevertheless have acquired the force of custom if it has been generally followed and accepted: *Bone*, at paragraphs 61–64. In this regard, Acho Dene Koe suggests that the draft code was applied without protest in all elections since 2008.

[47] There is no doubt that elections took place every three years from 2008 to 2017. There is, however, little information regarding the precise rules that were applied. Council resolutions calling elections in 2008 and 2017 made no reference to the 2007 code, and the 2011 and 2014 resolutions were not filed in evidence. Public notices of the election provide no information in this regard. During this period, returning officers made contradictory statements. For example, the 2017 returning officer stated, in a Facebook post for the information of community members, that the 2007 draft code had never been ratified. Meanwhile, she apparently applied certain provisions of the same code. In the absence of testimony from those involved in the process, it is very difficult to draw firm conclusions.

[TRADUCTION] On a affirmé que le processus de ratification utilisé pour adopter le nouveau code électoral n'a pas permis une participation significative de la majorité des membres de la communauté. Nous avons été informés que les membres n'ont peut-être pas reçu un préavis suffisant et n'ont donc pas eu l'occasion de participer au processus de ratification. Cela a pu avoir des conséquences importantes sur les résultats du vote.

À la lumière des préoccupations soulevées par vos membres, je vous invite à réexaminer le processus de ratification avec vos membres d'une manière qui permette la pleine participation de la communauté au processus.

[45] Me fondant sur ces informations, et gardant à l'esprit que la partie qui allègue la coutume doit la prouver, je suis incapable de conclure que le projet de code de 2007 a été promulgué d'une manière qui a recueilli un large consensus au sein de la communauté, conformément aux lignes directrices énoncées dans les décisions *Chingee* et *Taypotat*.

[46] Le projet de code de 2007 peut néanmoins avoir acquis la force d'une coutume s'il a, de façon générale, été suivi et accepté : *Bone*, aux paragraphes 61 à 64. À cet égard, la Première Nation Acho Dene Koe soutient que le projet de code a été appliqué sans protestation dans toutes les élections depuis 2008.

[47] Il ne fait aucun doute que les élections ont eu lieu tous les trois ans de 2008 à 2017. Il existe cependant peu d'informations concernant les règles précises qui ont été appliquées. Les résolutions du Conseil convoquant les élections en 2008 et 2017 ne mentionnent pas le code de 2007, et les résolutions de 2011 et 2014 n'ont pas été déposées en preuve. Les avis publics concernant l'élection ne fournissent aucune information à cet égard. Pendant cette période, les directeurs du scrutin ont fait des déclarations contradictoires. Par exemple, la directrice du scrutin de 2017 a déclaré, dans une publication sur Facebook destinée à informer les membres de la communauté, que le projet de code de 2007 n'avait jamais été ratifié, bien qu'elle ait apparemment appliqué certaines dispositions de ce même code. En l'absence de témoignages des personnes ayant participé au processus, il est très difficile de tirer des conclusions définitives.

[48] Contrary to Acho Dene Koe’s submissions, there were indeed protests against the 2007 code. In 2008 and 2019, Mr. Bertrand initiated petitions signed by approximately 60 members of the community, challenging the lack of community ratification of the code. While such petitions, in a community of approximately 500 persons, are not an insuperable obstacle to the formation of a custom, they remain a relevant factor. In any event, the lack of protest is not, in itself, conclusive evidence of community consensus: *Shirt*, at paragraph 45.

[49] In 2019, faced with this uncertainty, Acho Dene Koe launched a process to draft and enact a new election code. In an “Information Release” dated August 26, 2019, the council justified the endeavour by the “inconsistencies and unclarity about what rules are to be followed for an election for ADKFN.” Engaging in this process is an implicit admission that the 2007 draft code had not become Acho Dene Koe’s custom by virtue of being generally and consistently followed.

[50] In this context, the council could not, by way of its January 27, 2020, resolution, purport to “adopt” the 2007 code. As explained above, custom results from the broad consensus of the community, not the decision of council. The council cannot circumvent this principle by stating its opinion as to the broad consensus of the membership, if the evidence does not bear out the assertion.

(3) Length of Term of Office

[51] Mr. Bertrand argues that the customary term of office of the council is two years. From his perspective, the council’s term of office would have expired in May 2019. This is incorrect. Irrespective of the status of the 2007 draft election code, the term of office of Acho Dene Koe’s council is three years.

[52] The length of the term of office is one of the most conspicuous features of a democratic system. For this

[48] Contrairement aux affirmations de la Première Nation Acho Dene Koe, il y a bien eu des protestations contre le code de 2007. En 2008 et 2019, M. Bertrand a lancé des pétitions signées par environ 60 membres de la communauté, qui s’en prenaient au fait que le code n’avait pas été ratifié par la communauté. Bien que ces pétitions, dans une communauté d’environ 500 personnes, ne constituent pas un obstacle insurmontable à la formation d’une coutume, elles restent un facteur pertinent. En tout état de cause, l’absence de protestation n’est pas en soi une preuve concluante du consensus au sein de la communauté : *Shirt*, au paragraphe 45.

[49] En 2019, devant cette incertitude, la Première Nation Acho Dene Koe a lancé un processus pour rédiger et promulguer un nouveau code électoral. Dans une [TRADUCTION] « circulaire d’information » datée du 26 août 2019, le conseil a justifié cette initiative par [TRADUCTION] « les incohérences et le manque de clarté concernant les règles à suivre pour une élection dans la [Première Nation Acho Dene Koe] ». S’engager dans ce processus revient à admettre implicitement que le projet de code de 2007 n’est pas devenu la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe en étant de façon générale systématiquement suivi.

[50] Dans ce contexte, le conseil ne pouvait pas, au moyen de sa résolution du 27 janvier 2020, prétendre « adopter » le code de 2007. Comme il a été expliqué ci-dessus, la coutume résulte d’un large consensus au sein de la communauté, et non d’une décision du conseil. Le conseil ne peut contourner ce principe en déclarant son opinion sur le large consensus des membres, si la preuve ne confirme pas l’affirmation.

3) La durée du mandat

[51] M. Bertrand fait valoir que la durée habituelle du mandat du conseil est de deux ans. De son point de vue, le mandat du conseil aurait expiré en mai 2019. Cela est inexact. Indépendamment du statut du projet de code électoral de 2007, la durée du mandat du conseil de la Première Nation Acho Dene Koe est de trois ans.

[52] La durée du mandat est l’une des caractéristiques les plus manifestes d’un système démocratique. Pour

reason, it will be relatively easy to show that consistent practice in this regard attracts the community's tacit consensus. In this case, the fact that the last four elections have been held for a three-year term weighs considerably in favour of a finding that this has become the norm.

[53] Nevertheless, Mr. Bertrand argues that he has consistently protested the three-year term and insisted that the customary term is two years. In particular, he points to petitions signed by Acho Dene Koe members in 2008 and 2019. The first 2008 petition, however, expressed opposition to the 2007 draft election code because of lack of community consultation and did not mention the length of term. The second 2008 petition opposed a postponement of the election beyond the three-year term and did not mention a two-year term. The 2019 petition for an immediate election was based on the idea that Acho Dene Koe's elections were governed by the *Indian Act*, a position no longer put forward by Mr. Bertrand. Moreover, this Court's case law clearly marks the distinction between broad consensus and unanimity. While the opinion of about 60 members should not be casually disregarded, it is insufficient in the present context to prevent the emergence of a custom in a community of more than 500 members, where a practice is consistently followed for four successive elections.

[54] Thus, irrespective of the legal status of the 2007 draft election code, Acho Dene Koe's custom is to hold elections every three years. Accordingly, the council was acting in accordance with custom when it called an election for May 2020. The more difficult question is whether custom authorized it to postpone this election beyond May 2020 because of the COVID-19 pandemic or other reasons.

(4) Power to Extend Term of Office

[55] Acho Dene Koe argues that its council has the customary power to extend its term of office in "exigent

cette raison, il sera relativement facile de montrer qu'une pratique constante à cet égard recueille le consensus tacite de la communauté. En l'espèce, le fait que les quatre dernières élections aient été tenues pour un mandat de trois ans tend fortement à démontrer que cela est devenu la norme.

[53] Néanmoins, M. Bertrand fait valoir qu'il a toujours protesté contre le mandat de trois ans et soutenu que, selon la coutume, le mandat est de deux ans. Il évoque notamment des pétitions signées par des membres de la Première Nation Acho Dene Koe en 2008 et 2019. La première pétition de 2008 exprimait toutefois une opposition au projet de code électoral de 2007 en raison de l'absence de consultation de la communauté et ne mentionnait pas la durée du mandat. Quant à la deuxième pétition de 2008, elle s'opposait à un report de l'élection au-delà du mandat de trois ans et ne mentionnait pas un mandat de deux ans. La pétition lancée en 2019 pour la tenue immédiate d'une élection était fondée sur l'idée que les élections de la Première Nation Acho Dene Koe étaient régies par la *Loi sur les Indiens*, une position que M. Bertrand ne défend plus. En outre, la jurisprudence de notre Cour établit clairement la distinction entre un large consensus et l'unanimité. Même si l'opinion d'une soixantaine de membres ne doit pas être négligée, elle est toutefois insuffisante dans le contexte actuel pour empêcher l'émergence d'une coutume dans une communauté de plus de 500 membres, où une pratique a été suivie de manière constante pendant quatre élections successives.

[54] Ainsi, quel que soit le statut juridique du projet de code électoral de 2007, la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe est de tenir des élections tous les trois ans. Par conséquent, le conseil a agi conformément à la coutume lorsqu'il a convoqué une élection pour mai 2020. La question de savoir si la coutume l'autorisait à reporter cette élection au-delà de mai 2020 en raison de la pandémie de COVID-19 ou d'autres raisons est plus difficile à trancher.

4) Le pouvoir de proroger le mandat

[55] La Première Nation Acho Dene Koe fait valoir que son conseil jouit du pouvoir coutumier de proroger

circumstances,” such as the current pandemic. I am unable to agree with Acho Dene Koe, because it has failed to demonstrate that the alleged practice is “firmly established, generalized and followed consistently and conscientiously by a majority of the community”, as required by Justice Martineau in *Francis*.

[56] The main element invoked in support of the alleged custom is a 2007 resolution of the council extending its term of office for one year. The reason given for the extension was the following:

WHEREAS Acho Dene Koe First Nation Band Council agrees that the current two year term of office for Chief and Council which ended on July 14, 2007, is insufficient to allow for completion and/or follow through to occur on proposed economic development projects and issues relating to treaty and overlap issues with Canada, British Columbia and the Yukon Governments. Continuity of Chief and Council is essential for the final stages of discussion and negotiation.

[57] It is very difficult to draw any conclusion from such a resolution. Such an extension happened only once. Its validity was not tested at the time. There is no subsequent general or consistent practice. A power to extend is also difficult to reconcile with the recent, consistent practice of fixed-term elections every three years.

[58] Other aspects of the evidence militate against the recognition of such a custom. Assuming for the sake of argument that the 2007 draft election code was intended to reflect existing custom, it does not contain any reference to an open-ended power of the council to extend its term. Likewise, the 2019 draft code only contains provisions allowing for a one-week postponement for acts of God, natural catastrophes or the death of a community member.

[59] Moreover, the April 20, 2020, and September 14, 2020, resolutions expressly note the silence of Acho Dene Koe’s custom election code regarding the cancellation or postponement of an election. The resolutions

son mandat dans une « situation d’urgence » comme la pandémie actuelle. Je ne peux pas lui donner raison, car elle n’a pas réussi à démontrer que la pratique invoquée est « fermement établie, généralisée et suivie de manière uniforme et délibérée par une majorité de la communauté » comme l’exige le juge Martineau dans la décision *Francis*.

[56] Le principal élément invoqué à l’appui de la coutume alléguée est une résolution du conseil de 2007 prorogeant son mandat d’un an. La raison donnée pour cette prorogation est la suivante :

[TRADUCTION] ATTENDU QUE le conseil de bande de la Première Nation Acho Dene Koe convient que le mandat actuel de deux ans du chef et du conseil, qui a pris fin le 14 juillet 2007, est insuffisant pour permettre l’achèvement ou le suivi des projets de développement économique proposés et des questions relatives aux traités et aux chevauchements avec les gouvernements du Canada, de la Colombie-Britannique et du Yukon. La prorogation du mandat du chef et du conseil est essentielle à la réalisation des dernières étapes de discussion et de négociation.

[57] Il est très difficile de tirer une quelconque conclusion d’une telle résolution. Une telle prorogation ne s’est produite qu’une seule fois. Sa validité n’a pas été vérifiée à l’époque. Il n’existe pas de pratique générale ou uniforme ultérieure. Par ailleurs, il est difficile de concilier un pouvoir de prorogation avec la pratique récente et uniforme d’élections à durée déterminée tous les trois ans.

[58] D’autres aspects de la preuve vont à l’encontre de la reconnaissance d’une telle coutume. En supposant, pour les besoins de l’analyse, que le projet de code électoral de 2007 était destiné à refléter la coutume existante, il ne contient aucune référence à un pouvoir illimité du conseil de proroger son mandat. De même, le projet de code de 2019 ne contient que des dispositions permettant un report d’une semaine pour les cas de force majeure, les catastrophes naturelles ou le décès d’un membre de la communauté.

[59] En outre, les résolutions du 20 avril 2020 et du 14 septembre 2020 soulignent expressément le fait que le code électoral coutumier de la Première Nation Acho Dene Koe est muet au sujet de l’annulation ou du report

do not assert any customary power to extend the term of office of council as is asserted now, although the September 14 resolution refers to the one-year extension in 2007.

[60] Acho Dene Koe argues that the early election call in 2003, when Mr. Bertrand was chief, is proof of the council's discretion with respect to its own term of office. Calling an early election, however, is quite different from the council extending its own term. If all councillors agree, this is functionally equivalent to collective resignation. An early election call may deprive dissenting councillors of the possibility of serving the full term for which they were elected, but it does not deprive the members of the community of the right to select their leaders on a regular basis.

[61] In 2014, elections were held in August instead of June, but I have very little information regarding the reasons for this relatively short delay. I am unable to draw any conclusions from this situation.

[62] More generally, Acho Dene Koe invites me to view the issue from the perspective of First Nations self-government, which would require flexibility in the application of custom. I approach this argument with caution. As I mentioned in *Thomas v. One Arrow First Nation*, 2019 FC 1663, at paragraphs 29–31, self-government does not translate into unlimited powers for First Nations councils. Rather, where First Nations have not enacted positivistic laws, self-government manifests itself through the broad consensus of the community.

[63] Thus, any assertion of “flexibility” or an open-ended power to extend the term of office must be tested against what we know of the community's views. As I demonstrated above, Acho Dene Koe members expect to have the opportunity to choose their leaders at fixed intervals. For more than a decade, the interval has been

d'une élection. Les résolutions ne mentionnent pas le pouvoir coutumier de proroger le mandat du conseil qui est maintenant revendiqué, bien que la résolution du 14 septembre fasse référence à la prorogation d'un an en 2007.

[60] La Première Nation Acho Dene Koe soutient que la convocation d'une élection anticipée en 2003, alors que M. Bertrand était chef, témoigne du pouvoir discrétionnaire du conseil en ce qui concerne son propre mandat. La convocation d'une élection anticipée est toutefois très différente de la prorogation du mandat du conseil. Du point de vue fonctionnel, si tous les conseillers sont d'accord, cela équivaut à une démission collective. La convocation d'une élection anticipée peut priver les conseillers dissidents de la possibilité de remplir le mandat complet pour lequel ils ont été élus, mais elle ne prive pas les membres de la communauté du droit de choisir leurs dirigeants sur une base régulière.

[61] En 2014, les élections ont eu lieu en août au lieu de juin, mais je dispose de très peu d'informations concernant les raisons de ce retard relativement court. Je ne suis pas en mesure de tirer de conclusions de cette situation.

[62] De façon plus générale, la Première Nation Acho Dene Koe m'invite à considérer la question du point de vue de l'autonomie gouvernementale des Premières Nations, ce qui exigerait une certaine souplesse dans l'application de la coutume. J'aborde cet argument avec circonspection. Comme je l'ai mentionné dans la décision *Thomas c. Première Nation One Arrow*, 2019 CF 1663, aux paragraphes 29 à 31, l'autonomie gouvernementale ne se traduit pas par des pouvoirs illimités pour les conseils des Premières Nations. Au contraire, lorsqu'une Première Nation n'a pas adopté de lois positivistes, c'est par le large consensus de la communauté que s'exerce l'autonomie gouvernementale.

[63] Ainsi, toute affirmation de « flexibilité » ou d'un pouvoir illimité de proroger le mandat doit être testée à l'aune de ce que nous savons des opinions de la communauté. Comme je l'ai démontré ci-dessus, les membres de la Première Nation Acho Dene Koe s'attendent à avoir la possibilité de choisir leurs dirigeants à intervalles fixes.

three years. Very cogent evidence would be required to establish a custom that would free the council from the obligation to face its constituents at fixed intervals. I also note that the categories of “exigent circumstances” alleged to authorize the council to extend its own term of office goes far beyond natural catastrophes or similar events and include the council’s opinion that the extension would be beneficial to the pursuit of various projects. Such a custom would be very difficult to reconcile with the democratic principle embraced by Acho Dene Koe members.

[64] Thus, the council cannot rely on custom to extend its term of office beyond the usual three-year term. In particular, the September 14, 2020, resolution, which is the focus of the present application, cannot be supported by such a custom. The only remaining possibility, to which I now turn, is that it was authorized by the federal Regulations.

C. *Validity of the Regulations*

[65] Mr. Bertrand challenges the validity of section 4 of the Regulations and seeks a declaration that it is invalid. For the following reasons, I agree with him.

[66] The Regulations came into force on April 8, 2020. Sections 2 and 3 allow First Nations whose elections are governed by the *Indian Act* and the *First Nations Elections Act*, S.C. 2014, c. 5, respectively, to cancel or postpone elections and to extend the term of their council. Section 4 deals with First Nations whose elections are governed by their own election law. It is the provision directly relevant to this case. It reads as follows:

Extension of term

4 (1) The council of a First Nation whose chief and councillors are chosen according to the custom of the First Nation may extend the term of office of the chief and councillors if it is necessary to prevent, mitigate or control the spread of diseases on its reserve, even if the custom does not provide for such a situation.

Depuis plus d’une décennie, l’intervalle est de trois ans. Des preuves très convaincantes seraient nécessaires pour établir une coutume qui exonérerait le conseil de l’obligation de se présenter devant ses électeurs à intervalles fixes. Je note également que les catégories de « situations d’urgence » invoquées pour autoriser le conseil à proroger son propre mandat vont bien au-delà des catastrophes naturelles ou d’événements similaires et incluent l’opinion du conseil que la prorogation serait bénéfique à la poursuite de divers projets. Une telle coutume serait très difficile à concilier avec le principe démocratique auquel adhèrent les membres de la Première Nation Acho Dene Koe.

[64] Le conseil ne peut donc pas se fonder sur la coutume pour proroger son mandat au-delà de la durée habituelle de trois ans. En particulier, une telle coutume n’autorise pas la résolution du 14 septembre 2020, qui fait l’objet de la présente demande. La seule possibilité qu’il reste, sur laquelle je me pencherai maintenant, est qu’elle a été autorisée par le règlement fédéral.

C. *La validité du Règlement*

[65] M. Bertrand conteste la validité de l’article 4 du Règlement et demande qu’il soit déclaré invalide. Pour les raisons suivantes, je suis d’accord avec lui.

[66] Le Règlement est entré en vigueur le 8 avril 2020. Les articles 2 et 3 permettent aux Premières Nations dont les élections sont régies par la *Loi sur les Indiens* et la *Loi sur les élections au sein de premières nations*, L.C. 2014, ch. 5, respectivement, d’annuler ou de reporter les élections et de proroger le mandat de leur conseil. L’article 4 traite des Premières Nations dont les élections sont régies par leur propre droit électoral. Il s’agit de la disposition qui s’applique directement en l’espèce. Cet article est libellé comme suit :

Prorogation du mandat

4 (1) Le conseil d’une première nation dont le chef et les conseillers sont choisis selon la coutume de celle-ci peut proroger le mandat du chef et des conseillers si la prorogation est nécessaire pour la prophylaxie de maladies dans la réserve, même si cette coutume est silencieuse à l’égard d’une telle situation.

[67] Section 5 regularizes the situation of First Nations that failed to hold an election scheduled for the period between March 9, 2020, and April 8, 2020. Sections 6 and 7 provide that a council's term of office cannot be extended more than twice nor for more than six months each time, and that the Minister must be informed by way of resolution; these sections do not apply to First Nations governed by their own election law. Lastly, section 8 provides that the Regulations are repealed one year after their coming into force, that is, on April 8, 2021.

[68] At the outset, I must address the suggestion that with respect to First Nations governed by their own election law, the Regulations merely provide guidelines to help First Nations interpret their own custom with respect to extension of their councils' term of office. The confusion in this regard may originate from the following statement contained in an information note sent to Acho Dene Koe and, presumably, other First Nations, shortly after the Regulations came into force:

The Regulations do not provide any additional directives for Custom Election Code Bands, and these bands are therefore invited to refer to the applicable provisions of their respective codes. However, if the Custom Election Code does not provide for postponement of election in the current exceptional circumstances, the Regulations can serve as a guide.

[69] In reading this note, one must bear in mind that section 4 does not set any parameters for the exercise of the power to extend the term of office of council with respect to First Nations governed by their own election law. In contrast, the other provisions of the Regulations provide a much more precise framework with respect to First Nations governed by the *Indian Act* or the *First Nations Elections Act*, for example regarding the maximum length of an extension. What the information note appears to contemplate is that these other provisions may nevertheless serve as guidelines when a First Nation governed by its own law exercises the power conferred by section 4. This does not detract from the incontrovertible fact that section 4 clearly grants a power, "even if the custom does not provide for such a situation."

[67] L'article 5 régularise la situation des Premières Nations qui n'ont pas tenu une élection prévue pour la période allant du 9 mars 2020 au 8 avril 2020. Les articles 6 et 7 prévoient que le mandat d'un conseil ne peut être prorogé plus de deux fois ni pour une période excédant six mois chaque fois, et que le ministre doit en être informé par voie de résolution; ces articles ne s'appliquent pas aux Premières Nations régies par leur propre droit électoral. Enfin, l'article 8 prévoit l'abrogation du Règlement un an après son entrée en vigueur, soit le 8 avril 2021.

[68] D'emblée, je dois répondre à l'allégation selon laquelle, en ce qui concerne les Premières Nations régies par leur propre loi électorale, le Règlement ne fait que fournir des lignes directrices pour les aider à interpréter leur propre coutume quant à la prorogation du mandat de leurs conseils. La confusion à cet égard peut provenir de l'extrait suivant d'une note d'information envoyée à la Première Nation Acho Dene Koe et, vraisemblablement, à d'autres Premières Nations, peu après l'entrée en vigueur du Règlement :

[TRADUCTION] Le Règlement ne fournit pas de directives supplémentaires concernant les codes électoraux coutumiers des bandes, et ces dernières sont donc invitées à se référer aux dispositions applicables de leurs codes respectifs. Toutefois, si le code électoral coutumier ne prévoit pas le report de l'élection dans les circonstances exceptionnelles actuelles, le Règlement peut servir de guide.

[69] En lisant cette note, il faut garder à l'esprit que l'article 4 ne fixe aucun paramètre pour l'exercice du pouvoir de proroger le mandat du conseil en ce qui concerne les Premières Nations régies par leur propre droit électoral. En revanche, les autres dispositions du Règlement fournissent un cadre beaucoup plus précis en ce qui concerne les Premières Nations régies par la *Loi sur les Indiens* ou la *Loi sur les élections au sein de premières nations*, par exemple en ce qui concerne la durée maximale d'une prorogation. Ce que la note d'information semble envisager, c'est que ces autres dispositions puissent néanmoins servir de lignes directrices lorsqu'une Première Nation régie par son propre droit exerce le pouvoir conféré par l'article 4. Cela n'enlève rien au fait incontestable que l'article 4 accorde clairement un pouvoir, « même si cette coutume est silencieuse à l'égard d'une telle situation ».

[70] In any event, I have shown that the power to postpone an election or to extend the council’s term does not flow from Acho Dene Koe’s custom or election law. Thus, the September 14, 2020, resolution extending the term of office of the council can only be valid if the Regulations specifically empowered the council to adopt such a measure.

(1) Analytical Framework

[71] Mr. Bertrand’s first ground for challenging the validity of the Regulations is that the Governor in Council—that is, the federal cabinet—did not have the power to make them. They would be beyond the powers—in Latin, *ultra vires*—that Parliament granted to the Governor in Council in the *Indian Act*.

[72] Indeed, the requirement that regulations be based on statutory authority is a fundamental component of the rule of law. According to this principle, every exercise of state power must find its source in a legal rule: *Reference re Secession of Quebec*, [1998] 2 S.C.R. 217, (1998), 161 D.L.R. (4th) 385 (*Secession Reference*), at paragraph 71. As much as legislation must be authorized by the Constitution, regulations must be authorized by legislation: “[R]egulatory bodies can exercise only those legislative powers that were delegated to them by the legislature:” *Catalyst Paper Corp. v. North Cowichan (District)*, 2012 SCC 2, [2012] 1 S.C.R. 5 (*Catalyst Paper*), at paragraph 15.

[73] All parties agree that the method to determine if regulations are *ultra vires* was outlined by the Supreme Court of Canada in *Katz Group Canada Inc. v. Ontario (Health and Long-Term Care)*, 2013 SCC 64, [2013] 3 S.C.R. 810 (*Katz Group*). In that case, at paragraph 24, the Court held that a “successful challenge to the *vires* of regulations requires that they be shown to be inconsistent with the objective of the enabling statute or the scope of the statutory mandate”. The importance of determining the scope of the statutory mandate for determining the validity of delegated legislation was underscored again in *Green v. Law Society of Manitoba*, 2017 SCC 20, [2017] 1 S.C.R. 360 (*Green*), at paragraph 26.

[70] En tout état de cause, j’ai démontré que le pouvoir de reporter une élection ou de proroger le mandat du conseil ne découle pas de la coutume ou du droit électoral de la Première Nation Acho Dene Koe. Ainsi, la résolution du 14 septembre 2020 prorogeant le mandat du conseil ne peut être valide que si le Règlement a expressément habilité le conseil à adopter une telle mesure.

1) Le cadre d’analyse

[71] Le premier motif invoqué par M. Bertrand pour contester la validité du Règlement est que le gouverneur en conseil — c’est-à-dire le cabinet fédéral — n’avait pas le pouvoir de l’adopter. Cette adoption outrepasserait les pouvoirs — en latin, *ultra vires* — que le législateur a accordés au gouverneur en conseil dans la *Loi sur les Indiens*.

[72] En effet, l’exigence selon laquelle l’adoption d’un règlement doit se fonder sur un pouvoir légal est une composante fondamentale de la primauté du droit. Selon ce principe, tout exercice du pouvoir étatique doit tirer sa source d’une règle de droit : *Renvoi relatif à la sécession du Québec* [1998] 2 R.C.S. 217 (*Renvoi relatif à la sécession*), au paragraphe 71. Au même titre que la loi doit être autorisée par la Constitution, les règlements doivent être autorisés par la loi. « [L]es organismes de réglementation ne peuvent exercer que les pouvoirs législatifs qui leur ont été délégués » : *Catalyst Paper Corp. c. North Cowichan (District)*, 2012 CSC 2, [2012] 1 R.C.S. 5 (*Catalyst Paper*), au paragraphe 15.

[73] Toutes les parties conviennent que la méthode permettant de déterminer si un règlement dépasse le pouvoir conféré par sa loi habilitante a été exposée par la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Katz Group Canada Inc. c. Ontario (Santé et Soins de longue durée)*, 2013 CSC 64, [2013] 3 R.C.S. 810 (*Katz Group*). Dans cette affaire, au paragraphe 24, la Cour a déclaré que, « [p]our contester avec succès la validité d’un règlement, il faut démontrer qu’il est incompatible avec l’objectif de sa loi habilitante ou encore qu’il déborde le cadre du mandat prévu par la Loi ». L’importance de déterminer la portée du mandat légal pour déterminer la validité de la législation déléguée a été soulignée de nouveau dans *Green c. Société du Barreau du Manitoba*, 2017 CSC 20, [2017] 1 R.C.S. 360 (*Green*), au paragraphe 26.

[74] Indeed, in *West Fraser Mills Ltd. v. British Columbia (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 SCC 22, [2018] 1 S.C.R. 635, at paragraph 12, the Supreme Court of Canada stated, referring to its previous decision in *Katz Group*:

Determining whether the regulation at issue represents a reasonable exercise of the delegated power is, at its core, an exercise in statutory interpretation, considering not only the text of the laws, but also their purpose and the context.

[75] There is a debate regarding the extent to which the principles established in *Katz Group* have been affected by the Supreme Court's more recent decision in *Canada (Minister of Citizenship and Immigration) v. Vavilov*, 2019 SCC 65, [2019] 4 S.C.R. 653, 441 D.L.R. (4th) 1 (*Vavilov*). See, for example, John Mark Keyes, "Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to *Vavilov*", 2020 CanLIIDocs 3679; John Evans, "Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness" (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1. Given the circumstances of the present case, it is not necessary to wade into these issues.

[76] For our purposes, it is enough to say that, insofar as *Vavilov* directs me to assess the validity of the Regulations on a reasonableness standard, this requirement was already present in earlier cases. For example, in *Katz Group*, at paragraphs 25–26, the Supreme Court directed courts to adopt a generous approach and to refrain from cutting down the scope of the delegated law-making power through a narrow or technical interpretation of the enabling statute. See also, in this regard, *Catalyst Paper*, at paragraph 25; and *Green*, at paragraph 20.

(2) Scope of Enabling Provisions

[77] Having laid out the applicable analytical framework, I can now inquire into whether the Governor in Council was empowered to make the Regulations. The Attorney General asserts that the Regulations are authorized by paragraph 73(1)(f) of the *Indian Act*, which reads as follows:

[74] D'ailleurs, dans *West Fraser Mills Ltd. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Appeal Tribunal)*, 2018 CSC 22, [2018] 1 R.C.S. 635, au paragraphe 12, la Cour suprême du Canada a déclaré, en se référant à son arrêt antérieur *Katz Group* :

Décider si le règlement contesté résulte d'un exercice raisonnable du pouvoir délégué relève essentiellement de l'interprétation législative. Il faut alors tenir compte non seulement du texte de la loi, mais aussi de son objet et du contexte.

[75] La question de savoir dans quelle mesure l'arrêt plus récent de la Cour suprême *Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration) c. Vavilov*, 2019 CSC 65, [2019] 4 R.C.S. 653 (*Vavilov*) a eu une incidence sur les principes établis dans l'arrêt *Katz Group* fait l'objet d'un débat. Voir, par exemple, John Mark Keyes, « Judicial Review of Delegated Legislation: The Long and Winding Road to *Vavilov* » 2020 CanLIIDocs 3679; John Evans, « Reviewing Delegated Legislation After *Vavilov*: *Vires* or Reasonableness » (2021), 34 *Can. J. Admin. Law Pract.* 1. Étant donné les circonstances de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de s'aventurer sur ces questions.

[76] Pour nos besoins, il suffit de dire que, dans la mesure où l'arrêt *Vavilov* exige que la validité du Règlement soit évaluée en fonction de la norme de la décision raisonnable, cette exigence était déjà présente dans les affaires antérieures. Par exemple, dans l'arrêt *Katz Group*, aux paragraphes 25 et 26, la Cour suprême a demandé aux tribunaux d'adopter une approche généreuse et de s'abstenir de réduire la portée du pouvoir législatif délégué par une interprétation étroite ou technique de la loi habilitante. Voir également à cet égard les arrêts *Catalyst Paper*, au paragraphe 25; et *Green*, au paragraphe 20.

2) La portée des dispositions habilitantes

[77] Après avoir exposé le cadre d'analyse applicable, je peux maintenant chercher à savoir si le gouverneur en conseil était habilité à prendre le Règlement. Le procureur général affirme que le Règlement est autorisé par l'alinéa 73(1)f) de la *Loi sur les Indiens*, qui est libellé comme suit :

Regulations

73 (1) The Governor in Council may make regulations

...

(f) to prevent, mitigate and control the spread of diseases on reserves, whether or not the diseases are infectious or communicable.

[78] I note in passing that the Attorney General does not contend that the Regulations are authorized by federal legislation other than the *Indian Act*. In particular, the *Time Limits and Other Periods Act (COVID-19)*, enacted by section 11 of the *Act Respecting Further COVID-19 Measures*, S.C. 2020, c. 11, does not appear to deal with First Nations governance issues.

[79] The Attorney General and Acho Dene Koe argue that this is a broad conferral of power, which encompasses any measure aimed at achieving the stated purpose of preventing, mitigating and controlling the spread of diseases. As the Regulations were intended to reduce the risk of spread of COVID-19 resulting from public gatherings associated with elections, they would fall within the purview of section 73(1)(f). Any effect on elections would be accessory or incidental and would not render the Regulations invalid.

[80] I am unable to agree with these submissions. They ignore the scheme of the *Indian Act* and they would validate the Regulations based on their purpose only, without any consideration of the means contemplated by Parliament.

[81] Enabling provisions are typically framed in a manner that refers to well-understood subject matters or areas of government regulation, for example the regulation of traffic or zoning in paragraphs 81(1)(b) and (g) of the *Indian Act*. In turn, these regulatory regimes often pursue well-understood purposes, for example, safety in the case of traffic regulation.

[82] Purpose, however, must not overcome subject matter in the definition of regulatory power. In interpreting

Rèlements

73 (1) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements concernant :

[...]

f) la prophylaxie des maladies infectieuses ou contagieuses, ou non, sur les réserves.

[78] Je précise au passage que le procureur général ne prétend pas que le Règlement est autorisé par une loi fédérale autre que la *Loi sur les Indiens*. En particulier, la *Loi sur les délais et autres périodes (COVID-19)*, édictée par l'article 11 de la *Loi concernant des mesures supplémentaires liées à la COVID-19*, L.C. 2020, ch. 11, ne semble pas traiter des questions de gouvernance des Premières Nations.

[79] Le procureur général et la Première Nation Acho Dene Koe soutiennent qu'il s'agit d'une large attribution de pouvoir, qui englobe toute mesure visant à atteindre l'objectif déclaré de prévention, d'atténuation et de contrôle de la propagation des maladies. Étant donné que le Règlement visait à réduire le risque de propagation de la COVID-19 résultant de rassemblements publics associés à des élections, il relèverait de l'alinéa 73(1)f). Tout effet sur les élections serait incident ou accessoire et ne rendrait pas le Règlement invalide.

[80] Je ne peux pas souscrire à ces arguments. En effet, ils ne tiennent pas compte du régime de la *Loi sur les Indiens* et valideraient le Règlement sur le seul fondement de son objectif, sans tenir compte des moyens envisagés par le législateur.

[81] Les dispositions d'habilitation sont généralement formulées de manière à renvoyer à des sujets ou des domaines bien connus de réglementation gouvernementale, par exemple la réglementation de la circulation ou le zonage mentionnés aux alinéas 81(1)b) et g) de la *Loi sur les Indiens*. À leur tour, ces régimes réglementaires ont souvent des objectifs bien connus, par exemple la sécurité dans le cas de la réglementation de la circulation.

[82] L'objectif ne doit toutefois pas l'emporter sur le sujet ou le domaine dans la délimitation de l'étendue du

legislation, including grants of regulatory power, we must pay attention not only to the ends pursued by Parliament, but also to the means intended to be used. As Professor Ruth Sullivan writes in *Statutory Interpretation*, 3rd ed. (Toronto: Irwin Law, 2016), at page 186, “[t]he legislature never pursues a goal single-mindedly, without qualification, and at all costs.” Thus, pursuing the statutory purpose does not constitute a free-standing basis for the validity of delegated legislation. For example, in *Innovative Medicines Canada v. Canada (Attorney General)*, 2020 FC 725, [2020] 4 F.C.R. 180, at paragraph 208, my colleague Justice Michael Manson rejected an attempt to invoke the purpose of legislation to save regulatory provisions that were outside the statutory mandate:

.... An interpretation that may accord with an objective of the Patented Medicines Regime, but is inconsistent with the Board’s mandate within the scheme of the *Patent Act* and flies in the face of the ordinary meaning of the “price” at which a medicine is “sold” is not reasonable.

[83] Thus, ascertaining the scope of the power delegated by Parliament cannot rely on statutory purpose only. It must resort to the usual tools of statutory interpretation, including the text and the scheme of the legislation.

[84] Let us begin with the text. The English version of paragraph 73(1)(f) is the basis for the Attorney General’s suggestion that Parliament intended to delegate a power circumscribed only by its purpose, namely, “to prevent, mitigate and control the spread of diseases”. The French version, however, conveys a slightly different idea. In *larousse.fr* [Dictionnaire en ligne], “*prophylaxie*” is defined as: “[e]nsemble de moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l’apparition, l’aggravation ou l’extension des maladies.” Here, the focus is not only on the aims of the measures, but also on the means (“*moyens médicaux*” or medical means). In my view, the French version is more precise and more compatible with Parliament’s intent: *R. v. Daoust*, 2004 SCC 6, [2004] 1 S.C.R. 217, at paragraphs 29–30.

pouvoir réglementaire. Lorsque nous interprétons des lois, y compris les octrois de pouvoirs réglementaires, nous devons prêter attention non seulement aux objectifs poursuivis par le législateur, mais aussi aux moyens qu’il entend utiliser. Comme l’affirme la professeure Ruth Sullivan dans *Statutory Interpretation*, 3^e éd. (Toronto : Irwin Law, 2016), à la page 186, [TRADUCTION] « [l]e législateur ne poursuit jamais un objectif résolument, sans réserve et à tout prix ». Ainsi, la poursuite de l’objectif législatif ne justifie pas, à elle seule, la validité de la législation déléguée. Par exemple, dans *Médicaments novateurs Canada c. Canada (Procureur général)*, 2020 CF 725, [2020] 4 R.C.F. 180, au paragraphe 208, mon collègue le juge Michael Manson a rejeté une tentative d’invoquer l’objectif de la loi pour sauvegarder des dispositions réglementaires qui ne relèvent pas du mandat législatif :

[...] Une interprétation qui peut être compatible avec un objectif du régime des médicaments brevetés, mais qui est incompatible avec le mandat du Conseil dans le cadre du régime de la *Loi sur les brevets* et qui va à l’encontre du sens ordinaire du « prix » auquel un médicament est « vendu » n’est pas raisonnable.

[83] Ainsi, la détermination de l’étendue du pouvoir délégué par le législateur ne peut pas reposer uniquement sur l’objectif de la loi. Il faut recourir aux outils habituels d’interprétation des lois, notamment le texte et l’économie de la loi.

[84] Commençons par le texte. La version anglaise de l’alinéa 73(1)f) est le fondement de la prétention du procureur général selon laquelle le législateur avait l’intention de déléguer un pouvoir circonscrit uniquement par son objectif, à savoir « *to prevent, mitigate and control the spread of diseases* » (prévenir, atténuer et contrôler la propagation des maladies). Toutefois, la version française, qui parle de « prophylaxie des maladies », dénote une idée légèrement différente. Dans *larousse.fr* [Dictionnaire en ligne], « prophylaxie » est défini comme suit : « ensemble des moyens médicaux mis en œuvre pour empêcher l’apparition, l’aggravation ou l’extension des maladies ». Ici, l’accent est mis non seulement sur les objectifs des mesures, mais aussi sur les moyens, c’est-à-dire des « moyens médicaux ». À mon avis, la version française est plus précise et plus compatible avec l’intention du législateur :

[85] Of course, as mentioned above, these concepts should receive a generous interpretation. But they are not boundless. For example, no one would suggest that paragraph 73(1)(f) empowers the federal government to set up an income replacement regime, simply because such a regime might induce citizens to remain at home, thereby reducing contacts and the risk of transmitting COVID-19. Thus, the prevention, mitigation and control of the spread of disease is not merely a purpose that the government may pursue by whatever means it sees fit. It is the description of a subject matter.

[86] In this case, I do not need to provide an abstract or comprehensive definition of this subject matter. This is because there are enough indications in the *Indian Act* of what it does not encompass, and these indications are sufficient to conclude that the Regulations are *ultra vires*.

[87] The first of these indications is the basic fact that the *Indian Act* does not regulate customary elections or, in other words, elections held pursuant to Indigenous law. As I explained above, the *Indian Act* merely recognizes Indigenous laws regarding the selection of leaders; it does not empower First Nations to enact such laws. It would therefore be surprising that the *Indian Act* would grant a regulatory power over a topic not within its purview. In other words, having withdrawn from the regulation of these elections, Parliament should not lightly be taken to have authorized the Governor in Council to re-enter the field, other than through clear statutory language.

[88] Second, with respect to elections governed by the *Indian Act*, section 76 gives the Governor in Council a specific power to make regulations. This suggests that regulating elections was not considered to be within the purview of the regulation-making powers granted by subsection 73(1), nor within the more general power, found in subsection 73(3), to “make orders and regulations to carry out the purposes and provisions of this

R. c. Daoust, 2004 CSC 6, [2004] 1 R.C.S. 217, aux paragraphes 29 et 30.

[85] Bien entendu, comme on l’a vu, ces concepts doivent être interprétés de manière large. Toutefois, ils ne sont pas sans limites. Par exemple, personne n’affirmerait que l’alinéa 73(1)f habilite le gouvernement fédéral à mettre en place un régime de remplacement du revenu, simplement parce qu’un tel régime pourrait inciter les citoyens à rester chez eux, réduisant ainsi les contacts et le risque de transmission de la COVID-19. Ainsi, la prophylaxie des maladies ne constitue pas simplement un objectif que le gouvernement peut poursuivre par les moyens qu’il juge appropriés. Il s’agit de la description d’un sujet ou d’un domaine.

[86] En l’espèce, je n’ai pas besoin de fournir une définition abstraite ou exhaustive de ce sujet. En effet, il y a suffisamment d’indications dans la *Loi sur les Indiens* quant à ce que ce sujet n’englobe pas, et ces indications sont suffisantes pour conclure que le Règlement outre-passe le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[87] La première de ces indications est le fait élémentaire que la *Loi sur les Indiens* ne réglemente pas les élections coutumières ou, autrement dit, les élections tenues selon le droit autochtone. Comme je l’ai expliqué précédemment, la *Loi sur les Indiens* ne fait que reconnaître les lois autochtones concernant la sélection des dirigeants; elle n’habilite pas les Premières Nations à adopter de telles lois. Il serait donc surprenant que la *Loi sur les Indiens* accorde un pouvoir réglementaire sur un sujet qui excède sa portée. En d’autres termes, étant donné que le législateur s’est retiré de la réglementation de ces élections, on ne devrait pas, en l’absence de dispositions législatives explicites, considérer qu’il aurait autorisé le gouverneur en conseil à revenir sur le sujet.

[88] Deuxièmement, en ce qui concerne les élections régies par la *Loi sur les Indiens*, l’article 76 confère expressément au gouverneur en conseil le pouvoir de prendre des règlements, ce qui donne à penser que la réglementation des élections n’était pas considérée comme relevant du pouvoir réglementaire accordé en vertu du paragraphe 73(1) ni du pouvoir plus général, prévu au paragraphe 73(3), de « prendre des décrets et règlements

Act.” Thus, elections constitute a subject matter separate from those listed in section 73. If regulating elections held pursuant to the *Indian Act* is not within the scope of section 73 then, *a fortiori*, elections held pursuant to Indigenous law must also be excluded.

[89] The third indication is the separation drawn by the *Indian Act* between issues of governance and land management. Elections are a matter of governance, but section 73(1)(f) confers a power related to land management. This is illustrated by the *Indian Act*'s very important distinction between the concepts of First Nation (or “band”) and reserve. A First Nation is a collective or group of individuals. A reserve is a parcel of land. Each is the focus of different portions of the *Indian Act*. For example, sections 18-41 and 53-60 deal with various aspects of the management of reserves, whereas sections 5-17 and 74-86 deal with First Nations governance issues, in particular membership, elections and powers of their councils. The distinction is also present in more recent self-government regimes. See, for example, the distinction between the powers enumerated in Parts I and III of Schedule III to the *Yukon First Nations Self-Government Act*, S.C. 1994, c. 35.

[90] The distinction between governance and land management issues is underscored by the fact that a not insignificant number of First Nations, like Acho Dene Koe, do not have reserves. Thus, the provisions of the *Indian Act* regarding reserves do not apply to them. Yet, these First Nations remain subject to the provisions regarding governance. Moreover, many First Nation members reside off reserve. Since the decision of the Supreme Court of Canada in *Corbiere v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1999] 2 S.C.R. 203, (1999), 173 D.L.R. (4th) 1 (*Corbiere*), they are allowed to vote in council elections. For this reason, First Nations often conduct advance polls in urban centres where a significant number of their members reside. Thus, First Nation elections are often conducted both on and off reserve, and are sometimes not linked to any reserve.

en vue de l'application de la présente loi ». Ainsi, les élections constituent un sujet distinct de ceux qui sont mentionnés à l'article 73. Si la réglementation des élections tenues en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'entre pas dans le champ d'application de l'article 73, les élections tenues en vertu du droit autochtone doivent *a fortiori* également être exclues.

[89] La troisième indication est la distinction faite dans la *Loi sur les Indiens* entre les questions de gouvernance et de gestion des terres. Les élections relèvent de la gouvernance, mais l'alinéa 73(1)f confère un pouvoir lié à la gestion des terres. Cela est illustré par la distinction très importante que fait la *Loi sur les Indiens* entre les concepts de Première Nation (ou « bande ») et de réserve. Une Première Nation est un groupe d'individus. Une réserve est une parcelle de terrain. Chacune fait l'objet de différentes parties de la *Loi sur les Indiens*. Par exemple, les articles 18 à 41 et 53 à 60 traitent de divers aspects de la gestion des réserves, tandis que les articles 5 à 17 et 74 à 86 traitent de questions de gouvernance des Premières Nations, en particulier des effectifs, des élections et des pouvoirs de leurs conseils. Cette distinction est également établie dans les régimes d'autonomie gouvernementale plus récents. Voir, par exemple, la distinction entre les pouvoirs énumérés aux parties I et III de l'annexe III de la *Loi sur l'autonomie gouvernementale des premières nations du Yukon*, L.C. 1994, ch. 35.

[90] La distinction entre les questions de gouvernance et de gestion des terres est soulignée par le fait qu'un nombre non négligeable de Premières Nations, notamment Acho Dene Koe, n'ont pas de réserves. Ainsi, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les réserves ne s'appliquent pas à elles. Pourtant, ces Premières Nations restent assujetties aux dispositions relatives à la gouvernance. En outre, de nombreux membres des Premières Nations résident en dehors des réserves. Depuis l'arrêt *Corbiere c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1999] 2 R.C.S. 203 (*Corbiere*), de la Cour suprême du Canada, ces membres sont autorisés à voter aux élections des conseils. Pour cette raison, les Premières Nations organisent souvent des scrutins anticipés dans les centres urbains où réside un nombre important de leurs membres.

[91] For these reasons, Parliament cannot have intended that a regulatory power that applies only to reserves would encompass governance issues, in particular elections. The scope of most of the powers granted by subsection 73(1), including the power to take measures to prevent, mitigate and control the spread of diseases in paragraph 73(1)(f), is limited to reserves. This indicates that Parliament viewed these powers in terms of land management, not governance.

[92] To be sure, my conclusion that the Regulations are *ultra vires* does not rest upon the fact that Acho Dene Koe lacks a reserve. The lack of a reserve would certainly be a relevant factor in deciding whether a First Nation reasonably exercised the power granted by the Regulations. Rather, the territorial dimension of the powers enumerated in section 73 is an indication of Parliament's will to grant regulatory powers over topics typically assigned to local authorities, such as the regulation of traffic or inspection of buildings. Indeed, many of the powers granted to the federal government by section 73 are also granted to First Nation councils by section 81. A First Nation may not use the powers granted by section 81 to regulate elections or change electoral custom: *Whalen*, at paragraphs 68–73. Given the similarity between the powers granted by the two sections, the same restriction must also apply to section 73 powers.

[93] The Attorney General argues that the Regulations' effect on elections is merely incidental. I am unable to agree. Of course, if the Governor in Council made, pursuant to paragraph 73(1)(f), regulations prescribing the wearing of masks in public places on reserves, they could incidentally apply to elections. But something entirely different is at stake here. The Regulations deal solely with elections. Most importantly, they directly

Ainsi, les élections des Premières Nations se déroulent souvent à la fois dans les réserves et hors réserve, et ne sont parfois liées à aucune réserve.

[91] Pour ces raisons, il n'est pas possible que le législateur ait voulu qu'un pouvoir réglementaire qui ne s'applique qu'aux réserves englobe les questions de gouvernance, en particulier les élections. La portée de la plupart des pouvoirs accordés par le paragraphe 73(1), y compris le pouvoir de prendre des mesures en matière de prophylaxie des maladies mentionné à l'alinéa 73(1)(f), est limitée aux réserves. Cela indique que le législateur considèrerait ces pouvoirs comme relevant de la gestion des terres, et non de la gouvernance.

[92] Je précise que ma conclusion selon laquelle le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante ne dépend pas du fait que la Première Nation Acho Dene Koe n'a pas de réserve. L'absence de réserve serait certainement un facteur pertinent pour déterminer si une Première Nation a raisonnablement exercé le pouvoir que lui confère le Règlement. La dimension territoriale des pouvoirs énumérés à l'article 73 est plutôt une indication de la volonté du législateur d'accorder des pouvoirs réglementaires quant aux sujets habituellement attribués aux autorités locales, comme la réglementation de la circulation ou l'inspection des bâtiments. En fait, plusieurs des pouvoirs accordés au gouvernement fédéral en vertu de l'article 73 sont également accordés aux conseils des Premières Nations en vertu de l'article 81. Une Première Nation ne peut utiliser les pouvoirs accordés en vertu de l'article 81 pour réglementer les élections ou modifier une coutume électorale : *Whalen*, aux paragraphes 68 à 73. Étant donné la similitude entre les pouvoirs accordés en vertu des deux articles, la même restriction doit s'appliquer aux pouvoirs accordés en vertu de l'article 73.

[93] Le procureur général soutient que l'effet du Règlement sur les élections est simplement accessoire. Je ne peux pas être d'accord. Bien entendu, si le gouverneur en conseil prenait, en vertu de l'alinéa 73(1)(f), un règlement prescrivant le port de masques dans les lieux publics des réserves, ce règlement pourrait accessoirement s'appliquer aux élections. Mais ce qui est en jeu en l'espèce est complètement différent. Le Règlement

regulate one of the basic parameters of democracy, the length of term of elected officials. Parliament cannot have contemplated that such a crucial feature could be changed by an incidental effect of regulations made for an entirely different purpose or regarding an entirely different subject matter.

(3) Policy Considerations

[94] During oral argument, the Attorney General emphasized the unprecedented nature of the COVID-19 pandemic and stressed the fact that the Regulations were a component of the decisive measures the government had to take to protect the health and safety of Canadians. As elections involve public gatherings and close personal interaction, and given the heightened vulnerability of many First Nation members, the overcrowding of houses in many communities and the lack of health care facilities in remote communities, the government found that allowing First Nations to cancel or postpone elections would contribute to fighting the pandemic.

[95] I do not doubt that these are serious policy considerations. They are, however, irrelevant to the issue I have to decide. Policy considerations are not part of the framework for deciding whether regulations are *ultra vires*: *Katz Group*, at paragraphs 27–28. Thus, it does not assist Mr. Bertrand to argue that the Regulations could have employed more circumscribed measures to achieve their purpose. Conversely, it does not assist the Attorney General to insist on the necessity of taking strong and swift measures to fight the pandemic. The sole issue before me, I repeat, is whether the power to make the Regulations flows from the *Indian Act*.

[96] In a nutshell, the government is asking me to tolerate an invalid exercise of power because it was done for a good reason. This is simply incompatible with the rule of law, which requires that every exercise of state power find its source in a legal rule: *Secession Reference*,

traite uniquement des élections. Par surcroît, il réglemente directement l'un des paramètres fondamentaux de la démocratie, à savoir la durée du mandat des élus. Le législateur ne peut avoir envisagé qu'une caractéristique aussi essentielle puisse être modifiée par un effet accessoire d'un règlement pris dans un but entièrement différent ou concernant un sujet entièrement différent.

3) Les considérations politiques

[94] Au cours des plaidoiries, le procureur général a insisté sur la nature sans précédent de la pandémie de COVID-19 et a souligné le fait que le Règlement faisait partie des mesures décisives que le gouvernement a dû prendre pour protéger la santé et la sécurité des Canadiens. Dans la mesure où les élections impliquent des rassemblements publics et des interactions personnelles étroites, et compte tenu de la vulnérabilité accrue de nombreux membres des Premières Nations, du surpeuplement des maisons dans de nombreuses communautés et du manque d'installations de soins de santé dans les communautés éloignées, le gouvernement a estimé que le fait de permettre aux Premières Nations d'annuler ou de reporter des élections contribuerait à la lutte contre la pandémie.

[95] Je ne doute pas qu'il s'agisse de considérations politiques sérieuses. Elles n'ont cependant aucun rapport avec la question que je dois trancher. En effet, les considérations politiques ne font pas partie du cadre permettant de décider si un règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante : *Katz Group*, aux paragraphes 27 et 28. Ainsi, il ne sert à rien que M. Bertrand soutienne que le Règlement aurait pu utiliser des mesures plus circonscrites pour atteindre son objectif. Inversement, il n'est pas utile que le procureur général insiste sur la nécessité de prendre des mesures strictes et rapides pour lutter contre la pandémie. La seule question que je dois trancher, je le répète, est celle de savoir si le pouvoir de prendre le Règlement découle de la *Loi sur les Indiens*.

[96] En un mot, le gouvernement me demande de tolérer l'exercice invalide d'un pouvoir parce qu'il y avait de bonnes raisons d'agir ainsi. Cela est tout simplement incompatible avec la primauté du droit, qui exige que l'exercice de tout pouvoir public tire sa source d'une

at paragraph 71. Going down that road would involve courts in giving their blessing, after the fact, to unlawful government action based on its desirability from a policy perspective. There is nothing further removed from the judicial role.

[97] Moreover, if I were to venture on this terrain, I would surely need to consider countervailing policy objectives, most importantly the democratic principle, which underpins Canada's constitution: *Secession Reference*, at paragraph 65. For the members of the many First Nations who have chosen to select their leaders by democratic means, the ability to vote is a fundamental interest: *Corbiere*, at paragraphs 90–91, *per* L'Heureux-Dubé J. Fixed or maximum terms of office are a crucial component of democracy.

[98] Striking a balance between competing policy considerations, however, is the role of the elected branches of government, not judges. This is why the validity of delegated legislation does not depend on the court's assessment of its policy merits: *Katz Group*, at paragraphs 27–28. This separation of validity and policy merits cuts both ways: the fact that regulations appear to be desirable from a policy perspective has no bearing on their validity. Thus, the Governor in Council's views regarding the desirability of the Regulations cannot save them if they are not authorized by the *Indian Act*.

[99] I would add that this is not mere formalism. The requirement that delegated powers stay within the purview of the delegation serves important objectives. It fosters democratic accountability, by ensuring Parliament's ultimate control over policy choices. In certain cases, it also fosters respect for the manner in which Parliament distributed delegated powers among different entities. Here, for instance, Parliament decided to recognize election laws made by a category of First Nations, instead of subjecting them to the *Indian Act* regime. This affords a certain degree of self-government to these First Nations. Keeping the Governor in Council within the bounds set by the *Indian Act* preserves this autonomy.

règle de droit : *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 71. S'engager dans cette voie impliquerait que les tribunaux approuvent, après coup, une action gouvernementale illégale en raison de son caractère souhaitable d'un point de vue politique. Il n'y a rien de plus éloigné de la fonction judiciaire.

[97] De plus, si je devais m'aventurer sur ce terrain, je devrais sûrement tenir compte des objectifs politiques y faisant contrepoids, et surtout du principe démocratique qui sous-tend la constitution du Canada : *Renvoi relatif à la sécession*, au paragraphe 65. Pour les membres des nombreuses Premières Nations qui ont décidé de choisir leurs dirigeants par des moyens démocratiques, la capacité de voter constitue un intérêt fondamental : *Corbiere*, aux paragraphes 90 et 91, la juge L'Heureux-Dubé. Les mandats fixes ou d'une durée maximale sont une composante essentielle de la démocratie.

[98] Toutefois, l'établissement d'un équilibre entre des considérations politiques concurrentes relève de la responsabilité des élus, et non des juges. C'est pourquoi la validité de la législation déléguée ne dépend pas de l'évaluation par la Cour de ses mérites sur le plan politique : *Katz Group*, aux paragraphes 27 et 28. Cette distinction entre la validité et les justifications politiques va dans les deux sens : le fait que les règlements semblent être souhaitables d'un point de vue politique n'a aucune incidence sur leur validité. Il s'ensuit que si le Règlement n'est pas autorisé par la *Loi sur les Indiens*, les opinions du gouverneur en conseil concernant son caractère souhaitable ne le rendent pas valide.

[99] Je tiens à préciser qu'il ne s'agit pas là d'une question de pure forme. L'exigence que les pouvoirs délégués n'outrepassent pas le cadre de la délégation sert des objectifs importants. Elle favorise la responsabilité démocratique en garantissant le contrôle ultime du législateur sur les choix politiques. Dans certains cas, elle favorise également le respect de la manière dont le législateur a réparti les pouvoirs délégués entre différentes entités. Dans la présente affaire notamment, le législateur a décidé de reconnaître le droit électoral d'une catégorie de Premières Nations, au lieu de les assujettir au régime de la *Loi sur les Indiens*, ce qui leur confère un certain degré d'autonomie gouvernementale. Exiger que

le gouverneur en conseil respecte les limites fixées par la *Loi sur les Indiens* permet de préserver cette autonomie.

(4) Other Arguments Pertaining to the Validity of the Regulations

[100] As I conclude that the Regulations are *ultra vires*, I need not consider other arguments raised by Mr. Bertrand, including the alleged conflict between the Regulations and Acho Dene Koe custom and the fact that the Regulations would constitute an illegal subdelegation of power.

D. *Other Arguments Pertaining to the Validity of the Extension of Term of Office*

[101] In the event that Acho Dene Koe's council was found to have the power to extend its own term, Mr. Bertrand made arguments to the effect that the council's exercise of this power, in its September 14, 2020 resolution, was unlawful. In particular, he submits that the council had a duty to consult the First Nation's members prior to making this decision. He also argues that the decision to postpone the election for almost one year was unreasonable and disproportionate, given that it was possible to conduct an election safely in the circumstances. As I have found that the council lacks the power to extend its own term of office, I need not consider these arguments.

III. Disposition

[102] As the election will take place shortly, it is not necessary to issue relief in the nature of *mandamus* or to quash the decision extending the council's term of office. In the circumstances, it is sufficient to issue declarations that the council lacked the power to extend its own term of office and that section 4 of the Regulations is *ultra vires*.

[103] The Attorney General asks that any declaration of invalidity that I may issue be suspended for a period of 90 days. Mr. Bertrand insists that the suspension should not be for more than 30 days. I am sensitive to

4) Autres arguments relatifs à la validité du Règlement

[100] Étant donné que je conclus que le Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante, je n'ai pas besoin d'examiner les autres arguments soulevés par M. Bertrand, notamment le conflit qu'il y aurait entre le Règlement et la coutume de la Première Nation Acho Dene Koe et le fait que le Règlement constituerait une subdélégation illégale de pouvoir.

D. *Autres arguments relatifs à la validité de la prorogation du mandat*

[101] Dans l'éventualité où il serait reconnu que le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe a le pouvoir de proroger son propre mandat, M. Bertrand a fait valoir que l'exercice de ce pouvoir par le conseil, dans sa résolution du 14 septembre 2020, était illégal. Plus précisément, il soutient que le conseil avait l'obligation de consulter les membres de la Première Nation avant de prendre cette décision. Il fait également valoir que la décision de reporter l'élection de près d'un an était déraisonnable et disproportionnée, étant donné qu'il était possible de tenir une élection en toute sécurité dans les circonstances. Comme j'ai conclu que le conseil n'a pas le pouvoir de proroger son propre mandat, je n'ai pas à examiner ces arguments.

III. Dispositif

[102] Étant donné que l'élection aura lieu sous peu, il n'est pas nécessaire d'émettre un bref de *mandamus* ou d'annuler la décision de proroger le mandat du conseil. Il suffit en l'espèce de déclarer que le conseil n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat et que l'article 4 du Règlement outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante.

[103] Le procureur général demande que toute déclaration de nullité que je pourrais prononcer soit suspendue pour une période de 90 jours. M. Bertrand insiste pour que la durée de la suspension ne soit pas supérieure à

the implications of this judgment not only on the federal government, but also on First Nations that may have availed themselves of the powers granted by the Regulations and will have to hold elections on short notice. On the other hand, I cannot ignore the fact that members of such First Nations have been illegally deprived of the opportunity to vote for the selection of their leaders. I consider that a 60-day suspension will afford sufficient time to all parties affected.

[104] At the hearing, certain parties made submissions as to costs. These submissions, however, were incomplete. It is preferable to give the parties a further occasion to make submissions regarding costs, taking the outcome of the application into account.

JUDGMENT in T-1274-20

THIS COURT'S JUDGMENT is that:

1. The council of Acho Dene Koe First Nation did not have the power to extend its own term of office.
2. Section 4 of the *First Nations Election Cancellation and Postponement Regulations (Prevention of Diseases)*, SOR/2020-84, is *ultra vires* and invalid.
3. This declaration of invalidity is suspended for 60 days after the date of this judgment.
4. The applicant will serve and file his costs submissions, not to exceed 10 pages, no later than 15 days after the date of this judgment.
5. The respondents will serve and file their costs submissions, not to exceed 10 pages, no later than 15 days after the applicant's costs submissions are filed.

30 jours. Je suis sensible aux répercussions du présent jugement non seulement sur le gouvernement fédéral, mais aussi sur les Premières Nations qui se sont prévaluées des pouvoirs accordés par le Règlement et qui devront tenir des élections à court terme. D'autre part, je ne peux ignorer le fait que les membres de ces Premières Nations ont été illégalement privés de la possibilité de voter pour choisir leurs dirigeants. Je considère qu'une suspension de 60 jours donnera suffisamment de temps à toutes les parties concernées.

[104] Lors de l'audience, certaines parties ont présenté des observations sur les dépens. Ces observations étaient toutefois incomplètes. Il est préférable de donner aux parties une autre occasion de présenter leurs observations concernant les dépens en tenant compte de l'issue de la demande.

JUGEMENT dans le dossier T-1274-20

LA COUR STATUE que :

1. Le conseil de la Première Nation Acho Dene Koe n'avait pas le pouvoir de proroger son propre mandat.
2. L'article 4 du *Règlement concernant l'annulation ou le report d'élections au sein de premières nations (prévention de maladies)*, DORS/2020-84, outrepassé le pouvoir conféré par sa loi habilitante et est invalide.
3. La présente déclaration de nullité est suspendue pendant 60 jours à compter de la date du présent jugement.
4. Le demandeur signifiera et déposera ses observations sur les dépens, qui ne doivent pas dépasser 10 pages, au plus tard 15 jours après la date du présent jugement.
5. Les défendeurs signifieront et déposeront leurs observations sur les dépens, qui ne doivent pas dépasser 10 pages, au plus tard 15 jours après le dépôt des observations du demandeur sur les dépens.