

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

5-16-CA

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

APPELLANT

APPELANTE

- and -

- et -

MICHAEL PAUL REYNOLDS

MICHAEL PAUL REYNOLDS

RESPONDENT

INTIMÉ

R. v. Reynolds, 2017 NBCA 36

R. c. Reynolds, 2017 NBCA 36

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green
The Honourable Justice French

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green
l'honorable juge French

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
January 22, 2016

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 22 janvier 2016

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2016 NBQB 18

Décision frappée d'appel :
2016 NBBR 18

Preliminary or incidental proceedings:

Procédures préliminaires ou accessoires :

Appeal heard:
June 16 and 20, 2016

Appel entendu :
les 16 et 17 juin 2016

Judgment rendered:
August 31, 2017

Jugement rendu :
le 31 août 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice French

Motifs de jugement :
l'honorable juge French

Concurred in by:
The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Green

Souscrivent aux motifs :
l'honorable juge Richard
l'honorable juge Green

Counsel at hearing:

For the appellant:

William B. Richards and Kathryn Gregory

For the respondent:

Maria Henheffer, Q.C. and Elaina Campbell

THE COURT

The application for leave to appeal is allowed, but the appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelante :

William B. Richards et Kathryn Gregory

Pour l'intimé :

Maria Henheffer, c.r., et Elaina Campbell

LA COUR

La demande en autorisation d'appel est accueillie, mais l'appel est rejeté.

The judgment of the Court was delivered by

FRENCH, J.A.

I. Introduction and Background

[1] The Crown appeals a decision staying charges laid against Michael Paul Reynolds under the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1 (the “*Act*”). In 2012, he killed a moose and traded its meat to Addison Knox for a car. Mr. Reynolds, an Aboriginal person, is admitted by the Crown to be a beneficiary under a treaty of February 1760 and, as a consequence, to possess a right to hunt and trade, as was determined by the Supreme Court in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, [1999] S.C.J. No. 55 (QL). The 1760 Treaty is recognized and affirmed by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[2] Mr. Knox, a non-Aboriginal, was charged with unlawfully trading moose meat, contrary to s. 51(1)(a) of the *Act*, and unlawfully possessing moose meat, contrary to s. 58. Mr. Knox did not have a Transfer Permit, authorizing the possession of the meat received from Mr. Reynolds, and he pled guilty to both offences. A Transfer Permit, issued by the Minister of Energy and Resource Development pursuant to the discretion afforded the Minister under s. 91(2) of the *Act*, allows the holder to possess moose meat (or other wildlife) lawfully killed/harvested by another person.

[3] Mr. Reynolds was also charged under the *Act* but, unlike Mr. Knox, he was not charged directly with either unlawfully trading moose meat, under s. 51(1)(a), or unlawfully possessing moose meat, under s. 58. Rather, Mr. Reynolds was charged as an accessory to the offences committed by Mr. Knox. The Crown relies on s. 94 of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1, which provides that an accessory to an offence may be charged with the offence.

[4] The Crown's initial position was that Mr. Reynolds' treaty rights did not afford him a defence to the charges. The Crown maintained that the 1760 Treaty conferred the right to trade with non-Aboriginals, but only in circumstances where it is lawful for the non-Aboriginal to acquire the product of the trade – in this case, moose. It was also the Crown's position that since Mr. Reynolds was being prosecuted as an accessory, any infringement of his treaty rights (which it denies) was merely incidental to the enforcement of the *Act* in connection with the offence committed by a non-Aboriginal and, as a result, the Crown did not bear the burden of establishing that the infringement constituted a "justifiable" restriction/limitation under the test for justification of a constitutionally protected treaty right, as articulated by the Supreme Court in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, [1990] S.C.J. No. 49 (QL), and *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, [1996] S.C.J. No. 39 (QL).

[5] Mr. Reynolds' trial was scheduled for three days in January 2014. A few weeks prior to the trial, it became apparent the trial could not proceed. Mr. Reynolds advised the court that he had just discovered that Mr. Knox had not simply failed to obtain a Transfer Permit but that he could not have obtained a Transfer Permit. Mr. Reynolds learned that, pursuant to government policy, the Minister would not exercise the discretion under s. 91(2) of the *Act* to issue a Transfer Permit to a non-Aboriginal who wanted to acquire and possess moose meat killed by an Aboriginal. Almost a decade earlier, on September 25, 2003, the Department of Natural Resources (as it was called at that time) enacted a policy (the "Policy") which provides that "effective immediately" the Department will not "be issuing Special Transfer Permits for moose meat harvested by aboriginal hunters" and that, going forward, Transfer Permits may only be issued "to persons who have a valid New Brunswick moose hunting license and registration". Additionally, the Policy states: "Non-aboriginal persons found in possession of moose meat without a valid registration or transfer permit will face prosecution in accordance with the New Brunswick *Fish and Wildlife Act*". The Policy ended the Minister's prior practice of issuing Special Transfer Permits to allow non-Aboriginals to possess moose acquired from Aboriginals. On its face, the Policy does not purport to directly regulate

the Aboriginal treaty right to trade in moose; instead, the Policy seeks to prohibit non-Aboriginals from lawfully acquiring moose meat killed by an Aboriginal.

[6] Opposing what he viewed as an end-run around his treaty right to trade as determined by the Supreme Court in *Marshall*, Mr. Reynolds responded to the Crown's positions by asserting: (i) the Crown was seeking to re-litigate the treaty rights which, he submitted, had been clearly determined; (ii) the Policy, by denying the issuance of Transfer Permits to allow non-Aboriginals to acquire moose in a trade with Aboriginals, ended the Aboriginals' ability to exercise the treaty right to trade; and (iii) the impugned provisions of the *Act* infringed his treaty right to trade, and were unconstitutional, unless the Crown could justify the *Act*, as contemplated by the Supreme Court in *Sparrow* and *Badger*. It was Mr. Reynolds' position the Crown could not possibly justify the *Act* by effectively ending the treaty right to trade and leaving the non-Aboriginal moose hunt unchanged.

[7] Seeking a stay of the charges against him, on the basis they amount to an abuse of process, in view of his constitutionally protected treaty right to hunt and trade, Mr. Reynolds filed a Notice of Application and Constitutional Issue (pursuant to the *Rules of the Provincial Court Practice*).

[8] For the purposes of Mr. Reynolds' application, the parties presented the Provincial Court judge with an Agreed Statement of Facts and a Book of Exhibits. Mr. Reynolds admitted the trade with Mr. Knox. The Crown admitted Mr. Reynolds has a treaty right to hunt and trade that is recognized by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. Also important factually, the Crown admitted the trade falls within the scope of Mr. Reynolds' treaty right, being a trade for "necessaries equivalent to a moderate livelihood". For an example of a case where, on the facts, the activities in question fell outside the treaty rights, see: *R. v. Polchies et al.*, 2008 NBCA 1, 325 N.B.R. (2d) 262. However, the Agreed Statement expressly provides the Crown's admissions are subject to the Crown's "position on consultation and agreement with the First Nations in the province". In practical terms, the Crown admits the trade with Mr. Knox falls within the

lawful exercise of Mr. Reynolds' treaty right to trade but for its position that the treaty right does not apply to moose, and therefore it does not shield him from prosecution. The Crown alleges the First Nations in New Brunswick agreed, at a meeting on September 24, 2003, to forbear the exercise of the treaty right to trade moose with non-Aboriginals. Alternatively, if its position on the existence of an agreement is not accepted, the Crown submits that it has consulted with First Nations regarding the implementation of the Policy, and the application of the *Act* (pursuant to the 2003 Policy) constitutes a justifiable restriction/limitation on the exercise of the 1760 Treaty right to trade.

[9] The Crown maintained it would call evidence at trial to support its assertions respecting the existence of an agreement and/or justification. The Crown denied that the prosecution of Mr. Reynolds was an abuse of process (or even met the threshold for abuse of process) and submitted the application should be dismissed. Mr. Reynolds maintained there was no agreement formed at the meeting on September 24, 2003. He submitted the record before the court evidenced a clear lack of agreement at that meeting and further, even if a consensus had been achieved, the Chiefs lacked the authority to vary the 1760 Treaty rights. Further, Mr. Reynolds submitted that the Crown could not possibly justify the *Act* under the test for justification set out in *Sparrow* and *Badger* with a policy that effectively denied the ability to trade in moose, while leaving the non-Aboriginal moose hunt unchanged.

[10] The Provincial Court judge considered the entirety of the circumstances surrounding the prosecution of Mr. Reynolds and, concluding the continued prosecution would amount to an abuse of process, stayed the charges. Agreeing with Mr. Reynolds, he concluded that, in these circumstances, the Crown could not possibly justify the infringement of the treaty right. He found that while the Policy effectively eliminated the treaty right to trade moose with non-Aboriginals, the non-Aboriginal moose hunt and system of Transfer Permits was not similarly affected by the conservation concerns which the Crown submitted were the reasons for implementing the Policy.

[11] The Crown's appeal to the Summary Conviction Appeal Court was dismissed. However, the judge did not dismiss the appeal because he accepted the reasons offered by the Provincial Court judge. In fact, he stated he would have allowed the Crown's appeal – based on what he concluded to be the failure of the Provincial Court judge to give the Crown the opportunity to present evidence in connection with its assertion that, at the meeting on September 24, 2003, the Chiefs of the First Nations in New Brunswick agreed to forbear their treaty right to trade moose with non-Aboriginals. In his opinion, the dispute of fact regarding the existence of an agreement was a threshold and should have been permitted to go to trial, as was argued by the Crown. He concluded that if the Crown were to prove the existence of an agreement, this would determine the matter, and the issues of *stare decisis*, re-litigation and justification would be moot. Despite this conclusion, he dismissed the Crown's appeal. He reasoned that the Provincial Court judge was correct to stay the charges against Mr. Reynolds because the Provincial Court is not the appropriate forum to determine the complex issues raised in relation to Mr. Reynolds' treaty rights. Relying on the comments of the Supreme Court in *R v. Marshall*; *R. v. Bernard*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, (at paras. 142-144) and this Court in *Bernard v. R.*, 2003 NBCA 55, 262 N.B.R. (2d) 1, (at paras. 450-460 of N.B.R.), he concluded the Crown's assertions gave rise to complex issues of great importance to a large number of persons not before the court and they would be more appropriately addressed in another forum. It was on this basis that he concluded it was appropriate for the charges to have been stayed by the Provincial Court judge, and he dismissed the Crown's appeal.

[12] In its appeal to this Court, the Crown submits the Summary Conviction Appeal Court judge erred in determining a permanent stay of the charges was warranted on the basis the Provincial Court is not the appropriate forum to determine the treaty rights issues that flow from the prosecution. In response to the Crown's appeal, Mr. Reynolds filed a Notice of Contention, requesting that the appeal be dismissed, and the stay be left undisturbed, for the reasons given by the Provincial Court judge.

[13] It was acknowledged at the hearing before us that the Supreme Court did not direct a permanent stay of charges (in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*). Rather, it identified the obvious merits to a temporary stay of summary conviction charges pending the determination, in another forum, of complex Aboriginal treaty rights issues which involve the interests of a large number of persons not otherwise involved in the summary conviction proceeding. It was also acknowledged that Mr. Reynolds' application had not requested a permanent stay of proceedings on this basis but rather it requested, as alternative relief, a temporary stay pending the adjudication of the Crown's claims in another forum.

[14] For the reasons that follow, I would grant the Crown's request for leave to appeal but, as sought in the Notice of Contention, I would dismiss the Crown's appeal of the decision of the Summary Conviction Appeal judge, largely for the reasons given by the Provincial Court judge.

II. Proceedings in Provincial Court and the Summary Conviction Appeal Court

A. *The application to Provincial Court*

[15] Maintaining that the prosecution of charges under the *Act* was contrary to his treaty right to trade, Mr. Reynolds applied for a stay of proceedings. In his Notice of Application and Constitutional Issue he claims:

1. That the charges brought against Michael Reynolds are an abuse of process at common law and violate the provisions of:

- Section 35 of the *Constitution Act*, 1982 which recognizes and affirms aboriginal treaty rights;
- Section 25 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which guarantees priority of aboriginal treaty rights;
- Section 7 of the *Charter of Rights and Freedoms*, relating to life, liberty and security of the person.

The Applicant seeks a stay as the appropriate remedy at common law and/or pursuant to section 24 of the *Charter of Rights and Freedoms*.

2. Additionally and/or in the alternative that the charges be stayed as an abuse of process on the basis the Crown is attempting to re-litigate the aboriginal treaty right established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Marshall* [1999] 3 S.C.R. 456, and found to be binding by the New Brunswick Court of Appeal in *R. v. Bernard*, 2003 N.B.C.A. 55 (CanLII) para 4 specifically, the aboriginal right:

“56. ...to continue to obtain necessities through hunting and fishing by trading the products of those traditional activities subject to the restrictions that can be justified under the *Badger* test.”

(*Marshall*, para. 56, emphasis in original.)

3. Alternatively, that the charges be stayed pending the Crown obtaining a civil declaration of the Crown’s position on the meaning and regulation of the *Marshall* treaty right as advanced by the Crown’s proposed expert Dr. Stephen Patterson, so that all interested parties, including New Brunswick First Nations, may participate in such litigation as instructed by the Supreme Court of Canada in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard* (2005) S.C.C. 43 at paragraph 144[.]

[16] At the hearing of the application, there was no *viva voce* evidence. The judge was provided with an Agreed Statement of Facts and a Book of Exhibits containing a number of documents. In the Agreed Statement of Facts, Mr. Reynolds admits the factual elements of the offences and the Crown admits to Mr. Reynolds’ treaty rights. In particular, the Crown’s admissions include:

2. [...] Mr. Reynolds is an aboriginal pursuant to section 35 of the *Constitution Act*, 1982, being a Maliseet Indian and a member of the Woodstock First Nation. [...] may exercise those treaty rights applicable to his aboriginal community including those treaty rights established by the Supreme Court of Canada in *R. v. Marshall No.1* and *R. v. Marshall No. 2*.

[...]

5. [...] the Defendant is a beneficiary of the Treaty of February 1760, signed between the Saint John's Indians (present day Maliseet) and the British, which treaty is valid and subsisting today and which treaty includes a trade clause which was the subject of litigation in the *Marshall 1* and *Marshall 2* Supreme Court of Canada decisions.

6. [...] subject to its position on consultation and agreement with the First Nations in the province, that the transaction described herein would fall within the context of "necessaries equivalent to a moderate livelihood", as described by the Supreme Court of Canada decisions in *Marshall*". [...]

[Emphasis added.]

[17] The Book of Exhibits contained: (1) can-say statements from potential Crown expert witnesses including Dr. Patterson, the Crown's proposed expert on treaty rights in the Province; (2) documents and correspondence in the possession of the Department in relation to the Policy and meetings held between the Minister (and officials) and the Chiefs of various First Nations in the Province (and disclosed by the Crown to Mr. Reynolds); and (3) documents from the Province regarding the moose herd and the annual fall moose hunt (obtained by Mr. Reynolds through an access to information request), as well as a 2014 letter which indicates that the Minister issues approximately 6,000 to 7,000 Transfer Permits annually.

[18] Notwithstanding the Crown's admission of Mr. Reynolds' treaty rights, some knowledge of the nature and scope of those rights and an appreciation of the legal principles applicable to their exercise is essential to an understanding of the analysis undertaken in the decisions below and of the issues raised in this appeal. As a consequence, before proceeding further, I will briefly address the undisputed law and principles respecting Mr. Reynolds' treaty rights.

[19] As admitted in the Agreed Statement of Facts, Mr. Reynolds is a Maliseet Indian, a member of the Woodstock First Nation and a beneficiary of the 1760 Treaty.

Mr. Reynolds may exercise those treaty rights, which include a right to hunt and trade, as described by the Supreme Court in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, [1999] S.C.J. No. 55 (QL), and *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, [1999] S.C.J. No. 66 (QL) (for this Court's recognition of the treaty rights, see: *Bernard v. R.*, 2003 NBCA 55; 262 N.B.R. (2d) 1; and *R. v. Sappier and Polchies*, 2004 NBCA 56, 273 N.B.R. (2d) 93).

[20] In *Marshall*, an Aboriginal person had been charged under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1985, c. F-14, in connection with fishing and selling eels without a licence, fishing during the closed season and fishing with prohibited nets. The Supreme Court determined the 1760 Treaty under consideration included the right to hunt, fish and gather and also the right to trade the products of such activities for "necessaries". The right to trade for "necessaries" was determined by the Supreme Court to allow, in the present day, the securing of a "moderate livelihood"; however, it does not permit the "open-ended accumulation of wealth". In other words, the right to trade is limited. Trade activity that exceeds the limits of the treaty right does not have treaty protection. Additionally, the treaty rights may be regulated by Parliament or a provincial legislature provided such regulation can be justified under the test set out in *Sparrow* and *Badger*. Binnie J., writing for the majority in *Marshall*, provides an overview of these determinations in his opening comments, including, the limits on the Crown's ability to regulate the treaty rights after such rights were recognized by the *Constitution Act, 1982*. He states:

[...] In *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, and earlier decisions cited therein, the Nova Scotia Court of Appeal has affirmed the Mi'kmaq aboriginal right to fish for food. The appellant says the treaty allows him to fish for trade. In my view, the 1760 treaty does affirm the right of the Mi'kmaq people to continue to provide for their own sustenance by taking the products of their hunting, fishing and other gathering activities, and trading for what in 1760 was termed "necessaries". This right was always subject to regulation. The Crown does not suggest that the regulations in question accommodate the treaty right. The Crown's case is that no such treaty right exists. Further, no argument was made that the treaty right was extinguished prior to 1982, and no justification was offered by the

Crown for the several prohibitions at issue in this case. Accordingly, in my view, the appellant is entitled to an acquittal. [para. 4]

[...]

I should say at the outset that the appellant overstates his case. In my view, the treaty rights are limited to securing “necessaries” (which I construe in the modern context, as equivalent to a moderate livelihood), and do not extend to the open-ended accumulation of wealth. The rights thus construed, however, are, in my opinion, treaty rights within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, and are subject to regulations that can be justified under the *Badger* test (*R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771).

... If at some point the appellant's trade and related fishing activities were to extend beyond what is reasonably required for necessaries, as hereinafter defined, he would be outside treaty protection, and can expect to be dealt with accordingly. [paras. 7-8]

[Emphasis added.]

[21] Prior to the *Constitution Act, 1982*, the treaty right to hunt, fish, gather and trade “enjoyed by other British subjects in the region” (para. 45), could be regulated or changed in the same manner as laws of general application. Significantly, however, following their recognition under s. 35, treaty rights can no longer be overridden or infringed by Parliament or a legislature unless the Crown can justify the necessity for doing so in accordance with the test set out in *Sparrow* and *Badger*. As Binnie J. explains:

Until enactment of the *Constitution Act, 1982*, the treaty rights of aboriginal peoples could be overridden by competent legislation as easily as could the rights and liberties of other inhabitants. The hedge offered no special protection, as the aboriginal people learned in earlier hunting cases such as *Sikyey v. The Queen*, [1964] S.C.R. 642, and *R. v. George*, [1966] S.C.R. 267. On April 17, 1982, however, this particular type of “hedge” was converted by s. 35(1) into sterner stuff that could only be broken down when justified according to the test laid down in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at pp. 1112 et seq.,

as adapted to apply to treaties in *Badger, supra, per Cory J.*, at paras. 75 et seq. See also *R. v. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (Ont. C.A.). The fact the content of Mi'kmaq rights under the treaty to hunt and fish and trade was no greater than those enjoyed by other inhabitants does not, unless those rights were extinguished prior to April 17, 1982, detract from the higher protection they presently offer to the Mi'kmaq people. [para. 48]

[22] There is no dispute regarding the law and principles articulated above, all of which were thoroughly canvassed by the Provincial Court judge. Later in these reasons I will address more fully the test to justify the regulation of a treaty right, as set out in *Sparrow* and *Badger*, including the issues of necessity and priority, both of which were important elements of the judge's determination that the Crown could not possibly justify the *Act* in the circumstances.

[23] Importantly, for the purposes of Mr. Reynolds' application, the issues in dispute were defined by the Crown admission that Mr. Reynolds' trade with Mr. Knox fell within the scope of his treaty right to trade but for its position that: (1) at the September 24th meeting, the Chiefs agreed to "forbear" the treaty right to trade moose with non-Aboriginals; and alternatively, (2) the meeting represented consultation with the First Nations and the application of the *Act* (in accordance with the Policy) is a justifiable regulation of the treaty right to trade moose. On this basis, the Crown submitted the application was, at best, premature and should be dismissed.

[24] In his reasons, the Provincial Court judge reviewed thoroughly the law respecting abuse of process and, after considering the circumstances of the prosecution, he concluded the continued prosecution was an abuse of process. He summarized the circumstances of Mr. Reynolds' prosecution in the following words:

In summary, it is my finding that the defendant is being prosecuted in the following circumstances:

- 1) the Crown acknowledges he has an aboriginal treaty right to hunt and trade moose but for the fact the Crown has by policy attempted to deny the

treaty right by prohibiting non-aboriginals from trading with aboriginals;

2) courts in New Brunswick have already ruled that an aboriginal person bears no criminal liability for trading moose where a non-aboriginal person has violated the provision of the *Fish and Wildlife Act*;

3) the Crown is attempting to re-litigate issues that have already been determined in the favour of aboriginal persons, and in particular in *Marshall*;

4) the Supreme Court of Canada has instructed that it is more appropriate to determine aboriginal issues in civil litigation and to stay prosecutions pending the outcome of such litigation;

5) there is no reasonable prospect of the Crown satisfying the justification test in *Marshall, Badger, Sparrow* with a policy that completely denies the aboriginal treaty right;

6) the Crown is attempting to do indirectly what it cannot do directly;

7) the Crown has failed to recognize its fiduciary duty to aboriginal people and has failed to consider the honour of the Crown required in all dealings with aboriginal people.

[25] In considering the circumstances, the Provincial Court judge addressed one of the Crown's two positions. He concluded there was no reasonable prospect of the Crown justifying the application of the *Act* in accordance with the Policy. He found the Policy, without directly regulating the treaty right to trade, had the practical effect of denying the treaty right to trade moose with non-Aboriginals. By leaving the non-Aboriginal moose hunt and system of Transfer Permits unaffected, the Policy addressed conservation concerns without regard to the Crown's obligation (i) to intrude on a treaty right only to the extent necessary and (ii) to give the treaty right priority. Reasoning that the Policy was neither legislation nor regulation, enacted or amended for the purpose of regulating the Aboriginal treaty right to trade, he concluded: "[i]t is legally impossible to meet the test of justification since there is no law involved. The defendant should not be

put through a criminal prosecution on this issue”. Additionally, he noted while the Policy expressly indicated an intention to prosecute non-Aboriginal persons found in possession of moose meat (without a valid registration or Transfer Permit), the Policy did not similarly indicate an intention to prosecute Aboriginal persons for their involvement.

[26] The reasons do not address the Crown’s primary position that, at the September 24th meeting, First Nations agreed to forbear the exercise of their treaty right to trade in moose. The Summary Conviction Appeal Court judge concluded that this was an error. The Crown’s assertion of an agreement was clearly addressed at the hearing before the Provincial Court judge. Mr. Reynolds denied there was an agreement and his counsel reviewed in some detail the documents provided by the Department, including, the two sets of minutes of the September 24th meeting. He maintained that not only did the minutes not evidence an agreement, they evidenced a clear lack of agreement regarding the treaty right to trade moose. Mr. Reynolds also submitted the Chiefs lacked the authority to amend or alter treaty rights on behalf of their bands and further, the documents indicate the Department was aware the Chiefs did not possess this authority. When Crown counsel pressed its position that, at a minimum, the Crown believed in good faith an agreement had been reached, the judge expressed the view that he had “real problems” with the documents before him evidencing an agreement as asserted by the Crown. Crown counsel stated that proof of the agreement was not part of the motion and that, without hearing all of the evidence, including the evidence of the “people who were there negotiating”, the court should “withhold” its view on whether an agreement existed.

B. *The Crown’s appeal to the Summary Conviction Appeal Court*

[27] In its appeal to the Summary Conviction Appeal Court, the Crown submitted that the Provincial Court judge erred in law or in mixed fact and law in finding an abuse of process justifying a stay of proceedings.

[28] The Summary Conviction Appeal Court judge found the Provincial Court judge erred in not allowing the Crown the opportunity to present evidence in connection

with its assertion the Chiefs agreed they would not exercise the treaty right to trade in moose with non-Aboriginals (and also for not addressing this issue in his reasons). He states:

The question of whether or not there was a binding agreement with the New Brunswick First Nations to modify the treaty right is a question of fact. In my view, there was insufficient evidence before the trial judge to make that determination. It is no answer for Mr. Reynolds to rely on the agreed Exhibit Book and say “That is the entire record on the application for the stay”. That flies in the face of the Crown’s repeated entreaties to the trial judge to hear evidence on the issue before determining whether a stay of proceedings was justified. Further, I have carefully reviewed Mr. Reynolds’ Pre-application Brief (dated August 22, 2014) and the Application Transcript and nowhere in either her written or oral submissions does Mr. Reynolds’ counsel raise the issue of compliance with section 2(3) of the *Indian Act*.

The question of whether there was an agreement to modify the treaty right is a threshold issue. If the trial judge had heard evidence on the point and determined that an agreement had been reached that likely would have ended the matter. The issue of *stare decisis*, re-litigation, and justification in accordance with the *Sparrow/Badger* test would have become moot. In this case, the trial judge did not hear evidence on this threshold issue and indeed does not even address the matter in his reasons. In my view, the trial judge erred in not allowing the matter to unfold to the point where there was sufficient evidence before the court to determine this threshold issue. He compounded the error by failing to explain or even address the question of the alleged agreement in his reasons. But for the trial judge’s conclusion that it is not appropriate to determine aboriginal treaty rights in the context of a summary conviction prosecution, I would have allowed the appeal and set aside the stay of proceedings. However, for the reasons that follow, I conclude that the trial judge was justified in exercising his discretion to stay the proceedings.

[paras. 21-22]

[29] The Summary Conviction Appeal Court judge rejected Mr. Reynolds’ submission that, even if the Chiefs had agreed to alter the treaty right, at law, they lacked

the authority to bind their bands. The judge requested and received written submissions on the issue of amending or modifying treaty rights. In the end, however, he concluded that when Mr. Reynolds was before the Provincial Court judge, he did not raise s. 2(3) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5 and he should not consider the issue further. On appeal, Mr. Reynolds' counsel correctly points out that, while there was no express reference to s. 2(3) in Mr. Reynolds' submissions made to the Provincial Court judge, he clearly placed before the Provincial Court judge his position that the Chiefs did not have the authority to enter into such an agreement.

[30] Notwithstanding these determinations, the Summary Conviction Appeal Court judge dismissed the Crown's appeal, accepting what he found to be the Provincial Court judge's conclusion that it was appropriate to stay the charges against Mr. Reynolds on the basis that a prosecution in the Provincial Court is not the appropriate forum to determine the complex Aboriginal treaty issues that arise in the circumstances of this case. He says:

In its oral submissions before both the trial judge and me the Crown conceded that this case raises complex issues which have far reaching implications for aboriginal treaty rights. Furthermore, the circumstances of this case dictate that all parties interested in the outcome, particularly the First Nations alleged to have been parties to an agreement to modify the treaty right, be given the chance to be heard. The frailties and inadequacies of the summary conviction process for adjudicating aboriginal treaty rights identified in *R. v. Marshall; R. Bernard, supra*, are applicable in this case. The limitations of the Provincial Court processes with respect to broad fact-finding (i.e. no provision for examination for discovery, document discovery etc.) are an impediment to thorough consideration of the often complex social and legislative facts presented in constitutional cases. This is particularly concerning given the high degree of deference which is to be accorded to a trial judge's finding on these facts by reviewing courts (*R. v. Bedford* 2013 SCC 72 at paras. 48-56). In my view, the trial judge properly concluded that a summary conviction prosecution in the Provincial Court is not the appropriate forum for determining the aboriginal treaty issues in this case and he

was justified in granting the stay of proceedings on that basis. Accordingly, the appeal is dismissed. [para. 25]
[Emphasis added.]

[31] In reaching this conclusion, the judge relied on the following comments of the Supreme Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard*:

Although many of the aboriginal rights cases that have made their way to this Court began by way of summary conviction proceedings, it is clear to me that we should re-think the appropriateness of litigating aboriginal treaty, rights and title issues in the context of criminal trials. The issues that are determined in the context of these cases have little to do with the criminality of the accused's conduct; rather, the claims would properly be the subject of civil actions for declarations. Procedural and evidentiary difficulties inherent in adjudicating aboriginal claims arise not only out of the rules of evidence, the interpretation of evidence and the impact of the relevant evidentiary burdens, but also out of the scope of appellate review of the trial judge's findings of fact. These claims may also impact on the competing rights and interests of a number of parties who may have a right to be heard at all stages of the process. In addition, special difficulties come up when dealing with broad title and treaty rights claims that involve geographic areas extending beyond the specific sites relating to the criminal charges.

There is little doubt that the legal issues to be determined in the context of aboriginal rights claims are much larger than the criminal charge itself and that the criminal process is inadequate and inappropriate for dealing with such claims. I note that in the New Brunswick Court of Appeal, Robertson J.A. raised a number of concerns to support his view that summary conviction proceedings are not conducive to adjudicating fairly on claims of aboriginal title: *R. v. Bernard* (2003), 262 N.B.R. (2d) 1, 2003 NBCA 55, at paras. 450-60. See also Daigle J.A.'s reasons, at para. 210.

The question of aboriginal title and access to resources in New Brunswick and Nova Scotia is a complex issue that is of great importance to all the residents and communities of the provinces. The determination of these issues deserves careful consideration, and all interested parties should have

the opportunity to participate in any litigation or negotiations. Accordingly, when issues of aboriginal title or other aboriginal rights claims arise in the context of summary conviction proceedings, it may be most beneficial to all concerned to seek a temporary stay of the charges so that the aboriginal claim can be properly litigated in the civil courts. Once the aboriginal rights claim to the area in question is settled, the Crown could decide whether or not to proceed with the criminal charges. [paras. 142-144]

[Emphasis added.]

III. Issues on Appeal

A. *The Crown's appeal*

[32] In its Application for Leave to Appeal and Notice of Appeal, the Crown's ground for appeal assert the Summary Conviction Appeal judge erred in law, by imposing a stay of proceedings on grounds:

(a) [...] that exceeded his jurisdictional authority, namely by imposing a stay on the basis that the Provincial Court is an inappropriate judicial forum to determine legal issues relating to aboriginal residents of the Province of New Brunswick.

(b) [...] neither raised nor argued by either party, namely the constitutionality of the *Provincial Court Act* and the Provincial Court's jurisdiction over issues related to aboriginal residents of New Brunswick. [...]

B. *Mr. Reynolds' Notice of Contention*

[33] In his Notice of Contention, Mr. Reynolds asserts he is entitled to a stay of the charges against him, being the same relief granted by the Summary Conviction Appeal Court judge, but on the ground(s) determined by the Provincial Court judge, namely, that:

1. Courts in New Brunswick have already ruled that an aboriginal person bears no criminal liability for trading

moose where a non-aboriginal person has violated the provisions of the *Fish and Wildlife Act*;

2. The Crown is attempting to re-litigate issues that have already been determined in the favour of aboriginal persons, and in particular in *Marshall*;

3. There is no reasonable prospect of the Crown satisfying the justification test in *Marshall, Badger, Sparrow* with a policy that completely denies the aboriginal treaty right;

4. The Crown is attempting to do indirectly what it cannot do directly;

5. The Crown has failed to recognize its fiduciary duty to aboriginal people and has failed to consider the honour of the Crown required in all dealings with aboriginal people;

6. The trial Judge analysed the policy relied upon by the Crown and documentation related to the policy and concluded that the policy did not indicate that aboriginal persons would face prosecution for exercising their aboriginal right, emphasizing the *sui generis* fiduciary duty of the Crown in all dealings with aboriginal people.

IV. Analysis

A. *The Crown's Appeal of Summary Conviction Appeal Court Decision*

[34] The Crown submits the Summary Conviction Appeal Court judge erred in determining an issue that was not squarely before him and in concluding it was appropriate to enter a stay on the basis the Provincial Court is not an appropriate forum to deal with Aboriginal rights issues.

[35] There is no disputing the obvious merit to the observations made by the Supreme Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard* (and this Court in *Bernard v. R.*) that summary conviction charges, which give rise to complex Aboriginal rights issues, involving the rights of persons not before the court, and issues larger than the prosecution itself, would be better adjudicated outside the context of a criminal trial. Nevertheless, it

is common ground that the Supreme Court did not contemplate or direct a permanent stay of summary conviction charges for those reasons. There is no basis in law, whether advanced in support of a claim of abuse of process or otherwise, to permanently stay a summary conviction charge based solely on the fact that the charges give rise to complex Aboriginal rights issues that could be better determined in a civil proceeding. As was acknowledged at the hearing before us, the observations of the Supreme Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard* do not alone provide the authority to permanently stay the charges. There may be circumstances where it would be open to a Provincial Court judge to order a temporary stay of charges, pending the disposition of existing or contemplated litigation that was expected to have a material bearing on rights relevant to the prosecution of the charges; however, that is not the situation here.

[36] Moreover, Mr. Reynolds did not seek a permanent stay of the charges on this basis. His Notice of Application requests, as alternative relief, that the charges against him be stayed pending the Crown's acquisition of a civil declaration on its position on the meaning and regulation of the treaty right. As noted above, the Provincial Court judge considered the comments of the Supreme Court in *R. v. Marshall*; *R. v. Bernard* in his summary of the circumstances surrounding the prosecution. However, his reasons do not indicate that he either interpreted or relied on these comments as a basis, in and of itself, to issue a permanent stay. It would have been an error had he done so.

[37] For these reasons, pursuant to s. 839(1)(a) of the *Criminal Code* (applicable by reference, pursuant to s.116(1) of the *Provincial Offences Procedure Act*), I would grant the Crown's request for leave to appeal on a question of law. I would have allowed the Crown's appeal but for my conclusion the appeal ought to be dismissed for reasons raised in the Notice of Contention, and addressed below.

B. *The Notice of Contention*

[38] The Notice of Contention effectively revives most of the submissions made by Mr. Reynolds to the Provincial Court judge in the first instance, as almost all

were addressed in the judge's reasons for ordering the stay. His decision did not turn on the acceptance of one particular finding or circumstance. Rather, it seems clear, from a contextual reading of his reasons, he ordered a stay based on the totality of the circumstances surrounding the prosecution of Mr. Reynolds. Not surprisingly, his analysis demonstrates that some circumstances influenced his decision more than others; chief among them is his conclusion that there was no reasonable prospect of the Crown justifying the impugned provisions of the *Act*. Not raised by the Notice of Contention is the Crown's position on the existence of an agreement to "forbear" the exercise of the treaty right to trade in moose. What follows will address both the issues raised in the Notice of Contention, as well as the Crown's position that the treaty right to trade had been modified by agreement. They are addressed in the order which facilitates the required analysis.

(1) Attempting to re-litigate issues already determined in favor of Aboriginal persons, and in particular, in *Marshall*

[39] In this appeal, Mr. Reynolds submits the Provincial Court judge correctly characterized the Crown's position as attempting to re-litigate the 1760 Treaty rights, which had been previously determined in favour of Aboriginal persons by the Supreme Court in *Marshall*.

[40] Mr. Reynolds initially submitted this was the case in response to the Crown's attempt to deny the applicability of his treaty right to trade in connection with his trade of moose to Mr. Knox. At first blush, this description might appear questionable – after all, for the purposes of Mr. Reynolds' application for a stay, the Crown admitted the transaction with Mr. Knox fell within the exercise of Mr. Reynolds' treaty right to trade – but for its position that, by agreement, the right to trade in moose had been relinquished and its alternate position that the Department consulted First Nations and the *Act* is a justifiable regulation of the treaty right to trade. In essence, for the purposes of the application, the Crown has acknowledged a successful prosecution of Mr. Reynolds depends on its ability to prove there is an agreement or, if necessary, to establish

justification, in accordance with *Sparrow* and *Badger*. However, this position represents a significant departure from the Crown's original position in the prosecution of Mr. Reynolds; namely, that the 1760 Treaty right to trade is "inherently limited" and does not include the right to trade with non-Aboriginals if it is unlawful for non-Aboriginals to trade or possess the product of the trade. In view of this initial assertion, it is not difficult to understand why Mr. Reynolds claimed, at least initially, the Crown was putting in issue (or in his words, seeking to re-litigate) the treaty trade rights already determined by the Supreme Court in *Marshall*. The evolution of the Crown's position is relevant to understanding the judge's conclusion that the Crown was attempting to re-litigate the treaty rights in *Marshall*. It is also relevant as background to Mr. Reynolds' application for a stay. Significantly, it appears from the record that, until the Crown responded to Mr. Reynolds' application, the Crown did not assert that, by agreement, Mr. Reynolds' treaty rights were not an answer to the charges under the *Act*. There is no indication the Crown advised Mr. Reynolds his treaty right did not apply to moose (because of the alleged agreement) when he first asserted his treaty right in response to the charges, or at the pre-trial conferences held in January 2014, when his trial was adjourned. I will explain.

[41] Normally, the basis for or the theory of the Crown's case is not evident when charges are laid. The Informations, sworn on April 17, 2013, allege Mr. Reynolds unlawfully offered wildlife for trade, contrary to s. 51(1)(a), and unlawfully possessed moose meat, contrary to s. 58 of the *Act*. On the face of the Informations, it would appear Mr. Reynolds was being charged directly, not as an accessory to the offences of Mr. Knox.

[42] Mr. Reynolds' first appearances in Provincial Court were without legal counsel. At his counsel's initial appearance (on October 8, 2013), the Court was advised that the half-day previously scheduled for trial would not be adequate and both counsel requested a three-day hearing. Crown counsel explained that the parties might reach an agreement on the facts and also that expert testimony might be called regarding treaty rights. At this appearance, there were no express admissions by either the Crown or Mr. Reynolds. However, there was never any dispute regarding the facts of Mr. Reynolds'

trade with Mr. Knox or the existence of Mr. Reynolds' treaty rights. The contentious issue was whether Mr. Reynolds' right to trade would provide an answer to his role in the trade of moose to Mr. Knox, a non-Aboriginal. At the risk of being repetitious, I would again point out that there was no suggestion, at this stage, that the Crown would later assert the existence of an agreement which precluded Mr. Reynolds from relying on the right to trade in respect of moose. A three-day trial was scheduled to commence on January 29, 2014. Counsel undertook to file pre-hearing briefs in connection with anticipated issues respecting Mr. Reynolds' treaty rights.

[43] The parties filed pre-hearing briefs in early January 2014. It appears from the record they concluded the three-day trial could not proceed on January 29, 2014, and, as a consequence, the parties advised the court and they appeared before the judge, by telephone, on January 16, 2014, and in court, on January 30, 2014. The Crown's position and the issues raised with the judge at these pre-trial conferences gave rise to Mr. Reynolds subsequently filing his application for a stay.

[44] The parties' positions were set out in their briefs. Mr. Reynolds admitted he shot a moose and traded it to a non-Aboriginal; as expected, he maintained that his participation in this transaction was a lawful exercise of his constitutionally protected treaty right to trade. The Crown stated it did not dispute Mr. Reynolds' status as an Aboriginal or that he possessed, as a beneficiary of the 1760 Treaty, a general right of trade, as established by the Supreme Court in *Marshall*. However, at this time, the Crown did not go so far as to admit the trade with Mr. Knox fell within the scope of Mr. Reynolds' right to trade, as the Crown later admitted in the Agreed Statement of Facts filed in connection with Mr. Reynolds' application.

[45] The Crown's submissions regarding the basis for Mr. Reynolds' liability under the *Act*, given his admitted treaty right to trade, were difficult to discern. In its brief, the Crown stated the issue before the court:

...involves a question concerning the inherent limitation of the trade clause, when the exercise of the treaty right

implicates a legal prohibition (*Fish and Wildlife Act*) which has as its object the regulation of a provincial resource (moose) in respect of non-aboriginals. This issue has yet to be determined by the courts.

Their position that Mr. Reynolds could not rely on the 1760 Treaty rights determined in *Marshall*, to avoid liability under the *Act*, appears to have been based on the following two assertions.

[46] First, the Crown's submission the 1760 Treaty right to trade is "inherently" limited put in issue the scope and nature of the treaty right to trade described in *Marshall*. The Crown maintained the right to trade permits Aboriginal persons to trade with a non-Aboriginal persons provided it is lawful for non-Aboriginal persons to acquire (or possess) the product traded. Said differently, according to the Crown, Mr. Reynolds' treaty right to trade did not permit him to trade with Mr. Knox since it was unlawful for Mr. Knox to acquire and possess the moose traded. The Crown maintained that Mr. Reynolds' treaty right to trade with non-Aboriginals must be interpreted by having regard to "the meaning" of the Oath of Allegiance to the British Crown. The Crown submitted the Oath of Allegiance was "at a minimum, an agreement to accept British law in respect of British citizens". The Crown submitted this issue was not addressed in *Marshall* and the Crown indicated an intention to call expert evidence.

[47] Second, the Crown submitted that prosecuting Mr. Reynolds as an accessory to the offences committed by Mr. Knox, did not infringe his treaty right to trade. And, as a consequence, the Crown had no obligation to justify the application of the *Act* against Mr. Reynolds as contemplated by *Sparrow* and *Badger*. A foundational premise to this submission is the Crown's proposition that the object of the *Act* is the regulation of the non-Aboriginal access to the Province's wildlife resources. It submits the prosecution of the provisions of the *Act* against Mr. Reynolds, as an accessory to the offence of Mr. Knox, is not an effort to "directly" regulate his treaty right nor does it "directly" infringe his exercise of that right. Further, it was the Crown's submission that, if the prosecution of Mr. Reynolds "indirectly" infringes his treaty rights, which they

denied, any such infringement is “incidental” to the regulation of the non-Aboriginal liberty to hunt and possess moose. Parenthetically, at the hearing of the application, the Crown maintained that the Policy (ending the issue of Special Transfer Permits), which resulted from consultation at the September 24th meeting and an alleged agreement with the First Nations, was intended to reduce the trade in moose from Aboriginals to non-Aboriginals.

[48] The Crown’s alternative position was that: if the enforcement of the *Act* against Mr. Reynolds (as an accessory) is found to infringe his treaty right to trade, the *Act* could be justified as contemplated by *Sparrow* and *Badger*. The Crown also submitted, correctly, it would be for Mr. Reynolds to establish a *prima facie* infringement and, if established, the Crown would then bear the burden of justifying the infringement.

[49] Mr. Reynolds took great exception to the Crown’s positions. He maintained the enforcement of the *Act* against him, even as an accessory, infringed his treaty right to trade and the Crown bore the burden of justifying the *Act*, as contemplated by *Sparrow* and *Badger*. Mr. Reynolds’ counsel explained to the Provincial Court judge that they were seeking a preliminary determination of this issue. Mr. Reynolds’ brief identifies issue as follow:

- The Crown maintains that by charging Mr. Reynolds, as a party to the offence of a non-Aboriginal, Mr. Knox, the Crown does not have to justify the *Fish and Wildlife* regulations which it seeks to apply indirectly to Mr. Reynolds, an Aboriginal;
- The key issue in this prosecution, is whether or not the Crown must justify sections 58 and 51(1)(a) of the *Fish and Wildlife Act* under the *Badger* and *Sparrow* test in prosecuting Mr. Reynolds and if so whether the Crown can meet that test.

[50] Importantly, Mr. Reynolds’ counsel also advised the Court of a new issue, recently discovered and not addressed in his brief. This issue would later prompt Mr.

Reynolds' application. His counsel had just learned of the Policy and that, since 2003, the Minister had not issued a Transfer Permit under s. 91(2) to allow any non-Aboriginal person to acquire and possess moose harvested by an Aboriginal person. Until learning of the Policy, Mr. Reynolds understood that Mr. Knox had been charged (and pled guilty) because he had simply not bothered to obtain a Transfer Permit. His counsel submitted that, by refusing to issue Transfer Permits in these circumstances, the Crown has effectively denied Aboriginals their constitutionally protected treaty right to trade in moose. Finally, Mr. Reynolds' counsel advised they were waiting for disclosure of the Department's files respecting the implementation of the Policy, and that Mr. Reynolds might bring an application for a stay of the charges based on an abuse of process.

[51] Crown Counsel advised they had just received the Department's files respecting the Policy and would provide copies to Mr. Reynolds' counsel. The documents disclosed were later included in the Book of Exhibits. They include the Policy and the minutes of the September 24th meeting. As noted, the Crown also advised the Provincial Court judge that in its prosecution of Mr. Reynolds they would include the calling of expert evidence relating to treaty rights. Dr. Patterson, an historian, who had testified in *Marshall* and *Bernard*, was present in the courtroom. The judge directed that can-say statements be provided from any experts who were expected to be called at trial and from whom there was no report.

[52] There was no suggestion in the record that the Crown would subsequently advance, as its primary position, the existence of an agreement formed at the September 24th meeting and that, as a consequence, Mr. Reynolds' treaty right to trade was no answer to the charges under the *Act*.

[53] In March 2014, Mr. Reynolds filed his Notice of Application and Constitutional Issue. The hearing was held on September 2, 2014. Mr. Reynolds and the Crown filed additional pre-hearing briefs, responding specifically to the issues raised in the application.

[54] At the commencement of the hearing, the trial judge was provided with the portion of the Agreed Statement of Facts which contained the Crown's admission that the transaction with Mr. Knox fell within the scope of Mr. Reynolds' treaty right to trade, subject to the Crown's "position on consultation and agreement":

Subject to its position on consultation and agreement with the First Nations in the province, that the transaction described herein would fall within the context of 'necessaries equivalent to a moderate livelihood', as described by the Supreme Court of Canada decisions in *Marshall*.

[55] The Crown stated (in its pre-hearing brief) the principal issue in the prosecution of Mr. Reynolds is the existence of an agreement to forbear the exercise of the treaty right to trade in moose. It states:

25. In the Crown's submission there is but one principal issue in this prosecution. That issue is whether or not the various First Nation communities (including Woodstock) agreed to forbear exercising their trade right vis-à-vis moose. That issue has not been litigated in respect of the evidence which the Crown proposes to lead.

[56] The brief makes no other mention of the Crown's position respecting the alleged agreement. In its oral submissions, the Crown maintained Mr. Reynolds' application for a stay was premature, and submitted the court would have to hear additional evidence, virtually the "whole" of the Crown's case, before it could consider whether a stay should be granted. When the Provincial Court judge expressed doubt about the record evidencing the existence of an agreement, or the terms of such agreement, the Crown responded by stating that "without hearing the evidence on the entire file and some of the people who were there negotiating it or dealing with this, that you – you should withhold your judicial view on it".

[57] Although the Crown did not raise justification in its brief, toward the end of its oral submissions, Crown counsel stated that, if ultimately it was not able to

establish the existence of an agreement, they would nevertheless be entitled to an opportunity to address justification.

[58] For the purposes of the application, these two assertions reflect the Crown's position in the prosecution of Mr. Reynolds. In essence, the Crown acknowledged that a successful prosecution depended upon its ability to establish Mr. Reynolds could not rely on the treaty right to trade in moose because of the alleged agreement or, alternatively, any infringement was justifiable. The Crown's reliance on its initial position respecting Mr. Reynolds' liability under the *Act*, namely, the treaty right is "inherently limited", was apparently abandoned, at least for the purposes of the application. That said, the Crown's submissions to the Summary Conviction Appeal Court raised these alleged limitations to the treaty right. Also, notwithstanding the Crown's current position with respect to justification, the Crown continued to pursue the prosecution of Mr. Reynolds as an accessory.

[59] The Crown was entitled to change its position and assert the existence of the alleged agreement. However, without a doubt, Mr. Reynolds found it a challenge to determine and respond to the case against him. Indeed, the pre-hearing briefs on the application addressed issue estoppel in relation to the Crown having put in issue the 1760 Treaty rights determined by the Supreme Court in *Marshall*. In fact, despite the Agreed Statement of Facts admitting that the trade with Mr. Knox fell within Mr. Reynolds' treaty right (subject to agreement and justification), oral arguments were made on issue estoppel at the hearing of the application and the judge addressed the issue in his reasons.

(2) Forbearance/Amendment agreement respecting the treaty right to trade

[60] In this appeal, Mr. Reynolds disputes the determination of the Summary Conviction Appeal Court that the Provincial Court judge erred by failing to conclude the Crown's assertion of an agreement gave rise to a dispute of fact requiring his application to be dismissed (were it not for the decision to dismiss the Crown's appeal for other reasons). He denies the Chiefs made an agreement, as alleged by the Crown, and that,

even if they had, such an agreement could not alter the 1760 Treaty rights, since the Chiefs do not possess the power or authority to vary or amend a treaty.

[61] In support of an agreement, the Crown relied on comments in the minutes of the September 24th meeting which were favourable to the Crown's suggestion of temporarily ending the trade of moose to non-Aboriginals. The Crown also relied on a February 2004 letter from the Minister to a First Nation Chief as evidence that an agreement had been reached or, at least, that the Crown had a *bona fide* belief that an agreement had been reached. In the letter, the Minister refers to an "agreement" reached in September 2003. However, the Crown's main submission at the hearing before the Provincial Court judge was that it would lead evidence to prove an agreement at a trial and, therefore, the application should be dismissed so that it could do so.

[62] Referring to the record before the judge, Mr. Reynolds maintained that neither of the two sets of minutes of the September 24th meeting supports the Crown's assertion that an agreement had been reached at the meeting; on the contrary, he submits the minutes evidence a clear lack of agreement. Both sets of minutes, one prepared by the Department and the other prepared by the First Nations, were in the possession of the Department and were provided as part of the disclosure. Mr. Reynolds also submits the Policy, implemented on September 25, 2003, the day after the meeting, and the other documents from the Department, reflect a unilateral decision by the Minister to implement the Policy, not an agreement. The Policy, set out in a memorandum from the Deputy Minister to various government officials, provides:

Effective immediately, the Department of Natural Resources will not be issuing Special Transfer Permits for moose meat harvested by aboriginal hunters. Permits for the transfer of meat may only be issued to persons who have a valid New Brunswick moose hunting license and registration. **Non-aboriginal persons found in possession of moose meat without a valid registration or transfer permit will face prosecution in**

Dorénavant, le ministère des Ressources naturelles ne délivrera pas de permis de transfert spéciaux pour la viande des orignaux abattus par des chasseurs autochtones. Les permis autorisant le transfert de viande ne peuvent être délivrés qu'aux personnes qui possèdent un permis valide de chasse à l'orignal ainsi qu'un certificat d'enregistrement. **Les personnes non autochtones que l'on trouvera en possession de viande d'orignal sans**

accordance with the New Brunswick *Fish and Wildlife Act*. [Emphasis added.]

posséder un certificat d'enregistrement valide et un permis de transfert valide, feront l'objet de poursuites judiciaires conformément à la *Loi sur la pêche sportive et la chasse* du Nouveau-Brunswick. [Les caractères gras sont de moi.]

Please inform all staff of this new policy.

Veillez informer tous les membres du personnel de cette nouvelle politique.

There is no evidence that the Policy was published or otherwise circulated generally.

[63]

In a letter to one of the Chiefs dated September 25th, the day after the meeting, the Minister states he has concluded “as an interim step, the most appropriate action to take at this time is to cancel the current policy which authorizes the transfer of moose meat from an aboriginal person to a non-aboriginal person”. It is difficult to view the Policy as intending to do anything other than end the Aboriginal trade in moose to non-Aboriginals. The letter provides:

Re: Moose Transfer Permits

Based on my discussions with you, including our meeting of September 24, 2003, I have concluded that as an interim step, the most appropriate action to take at this time is to cancel the current policy which authorizes the transfer of moose meat from an aboriginal person to a non-aboriginal person. This is being done effective today.

The dialogue which has taken place over the past few weeks have been very beneficial and I am encouraged that with further efforts, we may be able to achieve a long-term co-management agreement on moose. Our willingness to establish a working group to deal with this issue is an excellent step.

As mentioned by a number of speakers yesterday, there are a number of other resource management issues where constructive dialogue is also important and necessary for progress to occur.

I look forward to meeting with you again.

[64] In the months leading up to the meeting, the Department was concerned about the trade in moose and it was seeking an opportunity to meet with the Chiefs to determine whether it would be possible to negotiate an agreement on the regulation of the treaty right respecting moose. The meeting with the Chiefs addressed more than the trade in moose; it also considered the harvesting of wood. It would appear that the Policy was, as referred to by the Minister in his September 25 letter, an “interim step” in the process toward regulation of the treaty right; a step which has continued for almost 14 years. Moreover, notwithstanding the beginning of a process designed to move toward the regulation of the treaty right, the result was the implementation of the Policy, which, on its face, targets only the non-Aboriginal possession of moose. While the Policy expressly states that non-Aboriginal persons will be charged, there is no mention of prosecuting of Aboriginal persons for their involvement in a non-Aboriginal trading or possessing moose.

[65] The record gives no reason to question the Provincial Court judge’s observation that he had “real problems” with the Crown’s submission the record evidenced an agreement or the terms of any such agreement. While he did not address this issue in his reasons, it seems clear that, at best, he considered the Crown’s position in the application to be that, at trial, it would call evidence to establish that an agreement had been reached. It is my view the Crown’s assertion that a meeting of the minds occurred is inconsistent with the record before the judge. For the Crown to establish that there had been an agreement, or a meeting of the minds, the Crown would have to call evidence that would explain away the documents in the record which indicate a lack of agreement respecting the role of Aboriginals in the trade of moose. Even apart from the record, the Crown’s position does not identify the terms, even generally, of an agreement. As noted, the Crown’s written submission to the Provincial Court, submitted the Chiefs agreed to “forbear” the exercise of their right to trade moose. It was submitted the Chiefs agreed to the Minister ending the system of Special Transfer Permits, which allowed non-Aboriginals to acquire moose from Aboriginals. It was also submitted as reflected in the Policy, non-Aboriginals would be charged under the *Act* if they traded with Aboriginals

for moose. The Policy is described as “interim” but there is no evidence or suggestion of a term for the Policy or the alleged agreement. To sum up, there is simply a general allegation of an agreement, an allegation that is contradicted by the record.

[66] Further, and as mentioned above, Mr. Reynolds maintained that even if the Chiefs had entered into an agreement, they did not have the authority to bind the First Nations to an amendment of the 1760 Treaty; such authority rested with the bands. He submits the Department was well aware of the limits to the Chiefs’ authority and pointed to the Department’s documents acknowledging that the best that could be accomplished at a meeting with the Chiefs was a negotiation, with any arrangement having to be subsequently ratified by their respective bands. Counsel for Mr. Reynolds made this submission to the Provincial Court judge and argued the Chiefs could no more bind the bands than a mayor could independently bind a municipality. Later, in the Crown’s appeal to the Summary Conviction Appeal Court, Mr. Reynolds bolstered this submission by also referring that court to s. 2(3) of the *Indian Act*. It provides:

2. Exercise of powers conferred on band or council

(3) Unless the context otherwise requires or this Act otherwise provides,

(a) a power conferred on a band shall be deemed not to be exercised unless it is exercised pursuant to the consent of a majority of the electors of the band; and

(b) a power conferred on the council of a band shall be deemed not to be exercised unless it is exercised pursuant to the consent of a majority of the councillors of the band present at a meeting of the council duly convened.

2. Exercice des pouvoirs conférés à une bande ou un conseil

(3) Sauf indication contraire du contexte ou disposition expresse de la présente loi :

a) un pouvoir conféré à une bande est censé ne pas être exercé, à moins de l’être en vertu du consentement donné par une majorité des électeurs de la bande;

b) un pouvoir conféré au conseil d’une bande est censé ne pas être exercé à moins de l’être en vertu du consentement donné par une majorité des conseillers de la bande présents à une réunion du conseil dûment convoquée.

[67] In the appearance before the Summary Conviction Appeal Court judge, the parties provided written submissions respecting the authority to amend a treaty. The

Crown denied the applicability of s. 2(3) but gave no basis for this submission other than to say the provision was not relied upon by Mr. Reynolds in his submissions before the Provincial Court. The judge appears to have accepted this position since he declined to rule on the issue, concluding Mr. Reynolds had not relied on s. 2(3) before the Provincial Court judge.

[68] There is no dispute that a treaty can be amended or that treaty rights may be suspended. Mr. Reynolds readily acknowledges this. What is disputed is the Crown's submission the treaty could be varied by the Chiefs alone in the circumstances of the September 24th meeting. The Crown referred to *R v. Seward*, [2001] B.C.J. No. 1726 (QL) as an example of treaty rights being suspended by agreement. In that case, however, there was a written agreement with the band which effectively suspended collective treaty fishing rights. Interestingly, the agreement expressly provided that it was not a treaty or an agreement within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act*. The Crown does not identify any authority for the proposition the Chiefs could alter communal treaty rights and bind their bands. Other authorities cited by the Crown were not helpful to this issue (see: *R. v. Sioui*, [1990] 1 S.C.R. 1025, [1990] S.C.J. No. 48 (QL), para. 42-45; and *R. v. Shipman*, 2007 ONCA 338, [2007] O.J. No. 1716 (QL), at para. 43).

[69] For the purposes of Mr. Reynolds' application, it is not necessary to determine whether the Chiefs possessed the authority, at law, to vary or suspend rights under the 1760 Treaty. It is sufficient to say that it is very difficult to imagine, in the absence of writing, circumstances where a constitutionally protected treaty could be found to have been amended, or the rights under that treaty compromised, by anything less than very clear evidence as to an agreement and the terms of such agreement. While many such treaties, including the 1760 Treaty, were not fully reduced to writing, what is or was sufficient to find an intention to conclude a bargain at that time, will not be so readily accepted for establishing an agreement in the present, especially an agreement respecting a treaty that is now constitutionally recognized. In this case, not only is there a lack of a written agreement, there is a lack of evidence supporting an agreement in principle or identifying the terms of an agreement. In the end, all that may be concluded

is that in prosecuting Mr. Reynolds, to overcome his admitted treaty right to trade with Mr. Knox (but for justification), the Crown is relying on an agreement which it has no reasonable prospect of establishing at trial.

(3) Justification

[70] Mr. Reynolds submits the Provincial Court judge was right to conclude, on the record before him, the Crown could not possibly establish justification, as contemplated in *Sparrow* and *Badger*.

[71] The judge accepted Mr. Reynolds' submission that, for all practical purposes, the application of the *Act*, pursuant to the Policy, denied the treaty right to trade moose with non-Aboriginals. In other words, by barring non-Aboriginals from trading for moose, the impugned provisions of the *Act* constituted a *prima facie* infringement of the treaty right to trade. He further concluded there was no reasonable prospect that the infringement could be justified based upon the admitted evidence before the court. It was clear that, at the time the Policy was implemented, the non-Aboriginal moose hunt (and practice of issuing Transfer Permits for the harvest of moose from that hunt) continued unaltered, despite the conservation concerns which the Crown says justifies the *Act's* infringement of the treaty right to trade. The judge noted, as a matter of law, justification requires that the regulation of treaty rights be necessary in order to achieve the objective of regulation and also that a priority be given to the treaty rights. It was on this basis he concluded there was no reasonable prospect of the Crown meeting the test for justification.

[72] The analytical framework for determining whether Crown regulation is justifiable was set out in *Sparrow*. The first question is whether the prohibition has the effect of interfering with an existing right. If it does, it represents a *prima facie* infringement of s. 35(1). If a *prima facie* infringement is established, the onus is then on the Crown to justify the infringement. This was described by Dickson C.J. and La Forest J.:

Section 35(1) suggests that while regulation affecting aboriginal rights is not precluded, such regulation must be enacted according to a valid objective. Our history has shown, unfortunately all too well, that Canada's aboriginal peoples are justified in worrying about government objectives that may be superficially neutral but which constitute *de facto* threats to the existence of aboriginal rights and interests. By giving aboriginal rights constitutional status and priority, Parliament and the provinces have sanctioned challenges to social and economic policy objectives embodied in legislation to the extent that aboriginal rights are affected. Implicit in this constitutional scheme is the obligation of the legislature to satisfy the test of justification. The way in which a legislative objective is to be attained must uphold the honour of the Crown and must be in keeping with the unique contemporary relationship, grounded in history and policy, between the Crown and Canada's aboriginal peoples. The extent of legislative or regulatory impact on an existing aboriginal right may be scrutinized so as to ensure recognition and affirmation.

The constitutional recognition afforded by the provision therefore gives a measure of control over government conduct and a strong check on legislative power. While it does not promise immunity from government regulation in a society that, in the twentieth century, is increasingly more complex, interdependent and sophisticated, and where exhaustible resources need protection and management, it does hold the Crown to a substantive promise. The government is required to bear the burden of justifying any legislation that has some negative effect on any aboriginal right protected under s. 35(1).

In these reasons, we will outline the appropriate analysis under s. 35(1) in the context of a regulation made pursuant to the *Fisheries Act*. We wish to emphasize the importance of context and a case-by-case approach to s. 35(1). Given the generality of the text of the constitutional provision, and especially in light of the complexities of aboriginal history, society and rights, the contours of a justificatory standard must be defined in the specific factual context of each case.

[...]

To determine whether the fishing rights have been interfered with such as to constitute a *prima facie* infringement of s. 35(1), certain questions must be asked. First, is the limitation unreasonable? Second, does the regulation impose undue hardship? Third, does the regulation deny to the holders of the right their preferred means of exercising that right? The onus of proving a *prima facie* infringement lies on the individual or group challenging the legislation. In relation to the facts of this appeal, the regulation would be found to be a *prima facie* interference if it were found to be an adverse restriction on the Musqueam exercise of their right to fish for food. We wish to note here that the issue does not merely require looking at whether the fish catch has been reduced below that needed for the reasonable food and ceremonial needs of the Musqueam Indians. Rather the test involves asking whether either the purpose or the effect of the restriction on net length unnecessarily infringes the interests protected by the fishing right. If, for example, the Musqueam were forced to spend undue time and money per fish caught or if the net length reduction resulted in a hardship to the Musqueam in catching fish, then the first branch of the s. 35(1) analysis would be met. [paras. 64-66 and 70]

[Emphasis added.]

[73] In my view, the Policy and the impugned provisions of the *Act* form a regulatory scheme which gives rise to a *prima facie* infringement of Mr. Reynolds' treaty right to trade. While the Crown submits that trade in moose is only a small or insignificant part of the trade right, the *Act* effectively denies the exercise of the treaty right to trade in connection with moose. For the purposes of this part of the analysis, the application of the *Act* is an adverse and unreasonable interference with the treaty right. The judge was correct to conclude a *prima facie* an infringement of the right to trade existed.

[74] In explaining the justification obligation imposed on the Crown, once a *prima facie* infringement is found, Dickson C.J. and La Forest J. say:

If a *prima facie* interference is found, the analysis moves to the issue of justification. This is the test that addresses the question of what constitutes legitimate regulation of a

constitutional aboriginal right. The justification analysis would proceed as follows. First, is there a valid legislative objective? Here the court would inquire into whether the objective of Parliament in authorizing the department to enact regulations regarding fisheries is valid. The objective of the department in setting out the particular regulations would also be scrutinized. An objective aimed at preserving s. 35(1) rights by conserving and managing a natural resource, for example, would be valid. Also valid would be objectives purporting to prevent the exercise of s. 35(1) rights that would cause harm to the general populace or to aboriginal peoples themselves, or other objectives found to be compelling and substantial.

[...]

While the “presumption” of validity is now outdated in view of the constitutional status of the aboriginal rights at stake, it is clear that the value of conservation purposes for government legislation and action has long been recognized. Further, the conservation and management of our resources is consistent with aboriginal beliefs and practices, and, indeed, with the enhancement of aboriginal rights.

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin, supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified.

The problem that arises in assessing the legislation in light of its objective and the responsibility of the Crown is that the pursuit of conservation in a heavily used modern fishery inevitably blurs with the efficient allocation and management of this scarce and valued resource. The nature of the constitutional protection afforded by s. 35(1) in this context demands that there be a link between the question of justification and the allocation of priorities in the fishery. The constitutional recognition and affirmation of aboriginal rights may give rise to conflict with the interests of others given the limited nature of the resource. There is a clear

need for guidelines that will resolve the allocational problems that arise regarding the fisheries. We refer to the reasons of Dickson J., as he then was, in *Jack v. The Queen, supra*, for such guidelines.

[paras. 71, 74-76]
[Emphasis added.]

[75] Accepting the validity of conservation as an objective is not difficult. Indeed, in this case, the importance of conservation respecting the moose herd was recognized by all, including the Chiefs who met with the Minister at the September 24th meeting. However, as the Supreme Court noted, there is a clear link between the Crown's obligation to justify the infringement and the allocation of the resource requiring management for conservation purposes. In fact, the Supreme Court recognized there "is a clear need for guidelines that will resolve the allocation problems that arise regarding the fisheries". These principles are applicable, in this case, in respect of the province's limited moose herd. The Court went on to say:

The constitutional nature of the Musqueam food fishing rights means that any allocation of priorities after valid conservation measures have been implemented must give top priority to Indian food fishing. If the objective pertained to conservation, the conservation plan would be scrutinized to assess priorities. While the detailed allocation of maritime resources is a task that must be left to those having expertise in the area, the Indians' food requirements must be met first when that allocation is established. The significance of giving the aboriginal right to fish for food top priority can be described as follows. If, in a given year, conservation needs required a reduction in the number of fish to be caught such that the number equalled the number required for food by the Indians, then all the fish available after conservation would go to the Indians according to the constitutional nature of their fishing right. If, more realistically, there were still fish after the Indian food requirements were met, then the brunt of conservation measures would be borne by the practices of sport fishing and commercial fishing.

The decision of the Nova Scotia Court of Appeal in *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, addresses the constitutionality of the Nova Scotia Micmac Indians' right

to fish in the waters of Indian Brook and the Afton River, and does so in a way that accords with our understanding of the constitutional nature of aboriginal rights and the link between allocation and justification required for government regulation of the exercise of the rights. Clarke C.J.N.S., for a unanimous court, found that the Nova Scotia Fishery Regulations enacted pursuant to the federal Fisheries Act were in part inconsistent with the constitutional rights of the appellant Micmac Indians. Section 35(1) of the Constitution Act, 1982, provided the appellants with the right to a top priority allocation of any surplus of the fisheries resource which might exist after the needs of conservation had been taken into account. With respect to the issue of the Indians' priority to a food fishery, Clarke C.J.N.S. noted that the official policy of the federal government recognizes that priority. He added the following, at p. 339:

I have no hesitation in concluding that factual as well as legislative and policy recognition must be given to the existence of an Indian food fishery in the waters of Indian Brook, adjacent to the Eskasoni Reserve, and the waters of the Afton River after the needs of conservation have been taken into account...

To afford user groups such as sports fishermen (anglers) a priority to fish over the legitimate food needs of the appellants and their families is simply not appropriate action on the part of the federal government. It is inconsistent with the fact that the appellants have for many years, and continue to possess an aboriginal right to fish for food. The appellants have, to employ the words of their counsel, a "right to share in the available resource". This constitutional entitlement is second only to conservation measures that may be undertaken by federal legislation.

Further, Clarke C.J.N.S. found that s. 35(1) provided the constitutional recognition of the aboriginal priority with respect to the fishery, and that the regulations, in failing to guarantee that priority, were in violation of the constitutional provision. He said the following, at pp. 340-41:

Though it is crucial to appreciate that the rights afforded to the appellants by s. 35(1) are not absolute, the impugned regulatory scheme fails to recognize that this section provides the appellants with a priority of allocation and access to any surplus of the fisheries resource once the needs of conservation have been taken into account. Section 35(1), as applied to these appeals, provides the appellants with an entitlement to fish in the waters in issue to satisfy their food needs, where a surplus exists. To the extent that the regulatory scheme fails to recognize this, it is inconsistent with the Constitution. Section 52 mandates a finding that such regulations are of no force and effect.

[paras. 78-79]
[Emphasis added.]

[76] While these cases consider the significance of the principles respecting priority and allocation in the context of the Aboriginal right to fish for food, they are equally applicable here. Addressing the priority of the rights protected under s. 35(1) and the object of only intruding on those rights as little as possible to achieve the overriding objective, the Supreme Court stated:

We acknowledge the fact that the justificatory standard to be met may place a heavy burden on the Crown. However, government policy with respect to the British Columbia fishery, regardless of s. 35(1), already dictates that, in allocating the right to take fish, Indian food fishing is to be given priority over the interests of other user groups. The constitutional entitlement embodied in s. 35(1) requires the Crown to ensure that its regulations are in keeping with that allocation of priority. The objective of this requirement is not to undermine Parliament's ability and responsibility with respect to creating and administering overall conservation and management plans regarding the salmon fishery. The objective is rather to guarantee that those plans treat aboriginal peoples in a way ensuring that their rights are taken seriously.

Within the analysis of justification, there are further questions to be addressed, depending on the circumstances of the inquiry. These include the questions of whether there has been as little infringement as possible in order to effect

the desired result; whether, in a situation of expropriation, fair compensation is available; and, whether the aboriginal group in question has been consulted with respect to the conservation measures being implemented. The aboriginal peoples, with their history of conservation-consciousness and interdependence with natural resources, would surely be expected, at the least, to be informed regarding the determination of an appropriate scheme for the regulation of the fisheries. [paras. 81-82]

[Emphasis added.]

[77] In applying these guidelines to the case before it, the Court in *Sparrow* says:

The appellant would bear the burden of showing that the net length restriction constituted a *prima facie* infringement of the collective aboriginal right to fish for food. If an infringement were found, the onus would shift to the Crown which would have to demonstrate that the regulation is justifiable. To that end, the Crown would have to show that there is no underlying unconstitutional objective such as shifting more of the resource to a user group that ranks below the Musqueam. Further, it would have to show that the regulation sought to be imposed is required to accomplish the needed limitation. In trying to show that the restriction is necessary in the circumstances of the Fraser River fishery, the Crown could use facts pertaining to fishing by other Fraser River Indians.

[para. 87]

[Emphasis added.]

[78] In *Badger*, the Supreme Court considered violations under the *Wildlife Act*, S.A. 1984, c. W-9.1, by Aboriginals exercising their treaty right to hunt. The court concluded provincial regulation should meet the same test for justification of treaty rights that was set out in *Sparrow*. Cory J., on behalf of the majority, writes:

In my view justification of provincial regulations enacted pursuant to the *NRTA* should meet the same test for justification of treaty rights that was set out in *Sparrow*. The reason for this is obvious. The effect of para. 12 of the *NRTA* is to place the Provincial government in exactly the same position which the Federal Crown formerly occupied.

Thus the Provincial government has the same duty not to infringe unjustifiably the hunting right provided by Treaty No. 8 as modified by the *NRTA*. Paragraph 12 of the *NRTA* provides that the province may make laws for a conservation purpose, subject to the Indian right to hunt and fish for food. Accordingly, there is a need for a means to assess which conservation laws will if they infringe that right, nevertheless be justifiable. The *Sparrow* analysis provides a reasonable, flexible and current method of assessing conservation regulations and enactments.

[para. 96]

[79] On the record before the Provincial Court judge, I do not disagree with his assessment that “there is no reasonable prospect of the Crown satisfying the justification test [...] with a policy that completely denies the aboriginal treaty right”. In assessing the prosecution of Mr. Reynolds, this is the most that could be said and it is a weighty factor in his request for a stay. If the Crown had more persuasive submissions or evidence, which it anticipated relying on at trial, it should have revealed them in response to the application.

(4) New Brunswick courts have already determined an Aboriginal has no liability under the Act for trading with a non-Aboriginal

[80] Mr. Reynolds directed the Provincial Court judge to three decisions of the Court of Queen’s Bench, as authority for his submission Aboriginals are not subject to prosecution under provincial law for alleged hunting or trading offences (*R. v. Paul and Polchies* (1984), 58 N.B.R. (2d) 297, [1984] N.B.J. No. 336; *R. v. Muise (W.T.)* (2000), 227 N.B.R. (2d) 95, [2000] N.B.J. No. 229; and *Henry V. Smith v. Her Majesty the Queen*, 2013 NBQB 271, 409 N.B.R. (2d) 390). Mr. Reynolds submits *Muise* is authority for the proposition that an Aboriginal cannot be charged under the *Act* for trading moose to a non-Aboriginal, notwithstanding the non-Aboriginal may be convicted. Mr. Reynolds’ submissions overstate what these cases represent. While the Provincial Court judge accepted his position that New Brunswick Courts have already determined an Aboriginal has no liability under the *Act* for trading with a non-Aboriginal, the judge

recognized the generality of this observation, including that it is subject to the Crown's ability to justify in accordance with *Sparrow* and *Badger*.

[81] Glennie J.'s comments in *Muise* are helpful to appreciating the Department's position before the implementation of the Policy. He explains how the system of Transfer Permits came to be used in connection with the Aboriginal trade in moose following *Marshall*. He says:

After the *Marshall* decisions were rendered by the Supreme Court of Canada, the New Brunswick Department of Natural Resources and Energy ("Natural Resources") implemented a new policy in New Brunswick with respect to possession of wild meat killed by an aboriginal person pursuant to an aboriginal or treaty right.

According to Counsel for the Crown, there is now a specific permit for possession of wild meat killed by an aboriginal person pursuant to an aboriginal or treaty right. This permit may be obtained on the application of the intended recipient. The applicant for the permit is required to supply the name, address, telephone number and band of the aboriginal person from whom the applicant is obtaining the meat. The permit must be obtained prior to the transfer of possession of the meat from the aboriginal person. A permit will not be issued authorizing the transfer of wild meat from a non-aboriginal in possession under an existing permit to another non-aboriginal. Counsel for the Crown advises that these arrangements are in the nature of interim measures for which there is not yet an "official" policy from Natural Resources. There apparently is no requirement for aboriginal persons to register their kills.

[paras. 6-7]

[Emphasis added.]

[82] At issue before Glennie J., as in each of the other cases referred to, was whether a non-Aboriginal could avoid responsibility under the *Act* as a consequence of the involvement of an Aboriginal who possessed a treaty right. Glennie J. summarized the Crown's position as follows:

Crown counsel went on to state at the hearing of this appeal that the issue is whether a treaty right vested in an aboriginal person to sell the fruits of a hunt clothes a purchaser from that aboriginal person with any rights. Crown Counsel argues that by exercising aboriginal rights, the aboriginal person cannot relieve the purchaser of compliance with valid provincial legislation and cannot clothe a purchaser or donee with a 'right' to purchase or receive and retain the results of a hunt contrary to the requirements of the *Act*. In other words, the questions to be answered are: (1) does Mr. Muise share in the immunity from prosecution for possession of moose meat enjoyed by the aboriginal person from whom he obtained the meat in question? (2) does Mr. Muise enjoy some immunity from prosecution independent of but co-existent with the aboriginal right of the aboriginal person from whom he obtained the meat in question? For the reasons stated later in the decision, I am of the opinion that both of these questions must be answered in the negative.

Judge McCarroll states in his decision at page five:

In order for a non-aboriginal to be in lawful possession of a carcass or a portion of a carcass of wildlife, which necessarily in this case includes moose, deer, whatever, that person, that non-aboriginal must still comply with the terms of the *Fish and Wildlife Act* regarding permits. In this case, Mr. Muise was not in possession of a permit as required by the *Act* nor did he ever apply for one under the belief that because an aboriginal gave him the meat he didn't need to have a permit, which brings me to the second submission of the defence which is that Mr. Muise didn't realize that a permit was required.

I will deal with that very quickly because in relation to that issue the law is very clear. Ignorance of the law is no excuse and does not provide a defence in this situation and in this case there has been no suggestion that there was any evidence of officially induced error which might factor into that.

[paras. 16-17]

[83] Mr. Reynolds relies on the following comments of Glennie J. as authority for his assertion an Aboriginal cannot be liable even where a non-Aboriginal may be prosecuted:

Aboriginal inhabitants of New Brunswick are immune from the operation of section 58 of the *Act*. The basis of such immunity is found in the combined effect of sections 35(1), 35(2) and 52 of the *Constitution Act, 1982*. Section 35(1) provides that the existing Aboriginal and Treaty Rights of the aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed. Section 35(2) defines the term ‘aboriginal peoples of Canada’ to include the ‘Indian, Inuit and Metis peoples of Canada’. Section 52(1) provides that the Constitution of Canada is the supreme law of Canada and that any law inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect.

[para. 20]

[84] However, in *Muise* the responsibility of the Aboriginal was not in issue. While the judge noted the Crown “quite candidly admitted that ... no legal liability is incurred by the Aboriginal person in a transaction such as a transfer of moose meat”, the Crown’s admission was made for the purposes of the prosecution of the non-Aboriginal.

[85] Simply, the proposition which Mr. Reynolds attributes to these cases overstates what they decided. There is no doubt that an Aboriginal cannot be prosecuted pursuant to provisions under the *Act*, which infringe a constitutionally protected treaty right – unless the prohibition is a justifiable regulation of the treaty in accordance with *Sparrow* and *Badger*. Whether prohibiting a non-Aboriginal from acquiring moose by trade with an Aboriginal, who is lawfully exercising a treaty right to trade, is valid, is an issue that is not before this Court.

(5) Attempting to do indirectly what the Crown can’t do directly

[86] The Provincial Court judge concluded the Crown was attempting to do indirectly what it could not do directly. As he observed, the *Act* does not directly regulate the treaty right to hunt. The Crown described the *Act* as having as its object the regulation

of the resource “in respect of non-aboriginals”. The Policy does not purport to apply the *Act* to regulate the treaty right to trade; it is directed at regulating non-Aboriginal involvement in the trade of moose. It provides that a non-Aboriginal will be prosecuted for trading or possessing moose harvested by an Aboriginal. There is no indication an Aboriginal will be charged. The Crown had not provided any authority for its position that the prosecution of Mr. Reynolds, as an accessory, would not infringe his treaty rights or be subject to a different analysis of his treaty rights than had he been charged directly. It was on this basis that the judge characterized the prosecution of Mr. Reynolds, as an accessory to the offence of Mr. Knox, as the Crown attempting to do indirectly what it could not do directly.

[87] Once the Crown took the position that by agreement, Mr. Reynolds’ treaty right to trade does not apply to moose, and alternatively, justification applies, the rationale for prosecuting Mr. Reynolds as an accessory is not obvious. This may be different for the offence of unlawfully possessing moose, since Mr. Reynolds’ personal possession arose by the exercise of his treaty right to hunt.

[88] In summary, while the Crown was attempting to do indirectly what it could not do directly, there seems to be no practical difference in view of the Crown’s acknowledgement that, in the absence of it establishing an agreement or justification, it will not be able to establish guilt.

(6) Fiduciary duty – honour of the Crown

[89] The Provincial Court judge concluded that, in its prosecution of Mr. Reynolds, the Crown failed to recognize its fiduciary duty to Aboriginal people and failed to consider the honour of the Crown, required in all dealings with Aboriginal people.

[90] The special relationship between the Crown and Aboriginal peoples is well recognized. How this relationship has had a bearing on decisions of the courts was explained by Binnie J. in *Marshall*, where he states:

I would allow this appeal because nothing less would uphold the honour and integrity of the Crown in its dealings with the Mi'kmaq people to secure their peace and friendship, as best the content of those treaty promises can now be ascertained. In reaching this conclusion, I recognize that if the present dispute had arisen out of a modern commercial transaction between two parties of relatively equal bargaining power, or if, as held by the courts below, the short document prepared at Halifax under the direction of Governor Charles Lawrence on March 10, 1760 was to be taken as being the “entire agreement” between the parties, it would have to be concluded that the Mi'kmaq had inadequately protected their interests. However, the courts have not applied strict rules of interpretation to treaty relationships. [para. 4] [Emphasis added.]

[91] In *Sparrow*, the Supreme Court said the following regarding the responsibility of the government when dealing with Aboriginal peoples:

In *R. v. Agawa*, *supra*, Blair J.A. stated that the above principle should apply to the interpretation of s. 35(1). He added the following principle to be equally applied, at pp. 215-16:

The second principle was enunciated by the late Associate Chief Justice MacKinnon in *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. He emphasized the importance of Indian history and traditions as well as the perceived effect of a treaty at the time of its execution. He also cautioned against determining Indian rights “in a vacuum”. The honour of the Crown is involved in the interpretation of Indian treaties and, as a consequence, fairness to the Indians is a governing consideration. He said at p. 367:

“The principles to be applied to the interpretation of Indian treaties have been much canvassed over the years. In approaching the terms of a treaty quite apart from the other considerations already noted, the honour of the Crown is always involved and no appearance of ‘sharp dealing’ should be sanctioned.”

This view is reflected in recent judicial decisions which have emphasized the responsibility of Government to protect the rights of Indians arising from the special trust relationship created by history, treaties and legislation: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321. [para. 58]

And also:

If a valid legislative objective is found, the analysis proceeds to the second part of the justification issue. Here, we refer back to the guiding interpretive principle derived from *Taylor and Williams* and *Guerin*, *supra*. That is, the honour of the Crown is at stake in dealings with aboriginal peoples. The special trust relationship and the responsibility of the government vis-à-vis aboriginals must be the first consideration in determining whether the legislation or action in question can be justified. [para. 75]

[92] Almost every case makes reference to these principles as background leading to the analysis of the particular issues and dispute.

C. *Abuse of process*

[93] In his reasons for decision, the Provincial Court judge canvassed fully the law and principles applicable to abuse of process.

[94] Richard J.A., writing for this Court in *Doiron v. R.*, 2013 NBCA 31, 405 N.B.R. (2d) 22, summarizes the doctrine of abuse of process and the test for granting a stay of proceedings. He says:

In *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, Charron J., for a unanimous Court, conveniently summarized both the doctrine of abuse of process and the test for granting a stay of proceedings. Paragraphs 33 to 42 of her decision are particularly apposite. From her detailed review, the

following principles are applicable in determining Mr. Doiron's final ground of appeal:

- a) A trial judge has a residual discretion to stay proceedings to remedy abuse of process;
- b) The common law doctrine of abuse of process and the *Charter* considerations that might apply to a particular case are merged under s. 7 of the *Charter* although, depending on the circumstances, different *Charter* guarantees may be engaged. Under s. 7, at least two categories of abuse of process have been identified: (1) prosecutorial conduct affecting the fairness of the trial; and (2) prosecutorial conduct that contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial process;
- c) Under the first category, the concern is about the fairness of the accused's trial. If the conduct alleged results in unfairness of the trial, the criteria is met, and there need not always be proof of actual "misconduct";
- d) Under the second category, the focus is not in the accused's interests but rather on proof of prosecutorial conduct that tends to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice.
- e) The test for granting a stay of proceedings for abuse of process, regardless of whether the abuse causes prejudice to the accused's fair trial interests or to the integrity of the justice system, consists of determining if (1) the prejudice caused by the abuse in question will be manifested, perpetuated or aggravated through the conduct of the trial, or by its outcome; and (2) no other remedy is reasonably capable of removing that prejudice.
- f) A stay of proceedings should only be applied in the clearest of cases. [para. 38]

[95] Speaking in relation to the second category of abuse of process, which tends to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice,

Charron J., writing for the Supreme Court in *R. v. Nixon*, 2011 SCC 34, [2011] 2 S.C.R. 566, states:

Under the residual category of cases, prejudice to the accused's interests, although relevant, is not determinative. Of course, in most cases, the accused will need to demonstrate that he or she was prejudiced by the prosecutorial conduct in some significant way to successfully make out an abuse of process claim. But prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt, supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure "that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society" (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added by Charron J.; p. 1667.]

[para. 41]

[96] Applying the framework to the question of whether the repudiation of the plea agreement constituted an abuse of process under the second category, and also the position that the Court should be satisfied that a threshold has been met, Charron J. states:

The question, therefore, is whether this case falls in the residual category of cases identified in *O'Connor*. Did the repudiation of the plea agreement, based on all of the circumstances, amount to an abuse of process? In other words, was the Crown's repudiation conduct so unfair or oppressive to Ms. Nixon, or so tainted by bad faith or improper motive, that to allow the Crown to now proceed on the dangerous driving *Criminal Code* charges would tarnish the integrity of the judicial system?

Before discussing the merits of the application, I want to address an important preliminary issue. As stated earlier, the AGBC intervened in this case to emphasize the importance of criminal trial courts not proceeding with a review of prosecutorial discretion in the absence of a "threshold determination" that the inquiry is warranted. I agree that a court should not embark on an inquiry into the reasons behind an act of prosecutorial discretion without a proper evidentiary foundation. However, it is my view that evidence that a plea agreement has been entered into and subsequently reneged by the Crown meets the requisite threshold. I will explain.

As the AGBC rightly points out, mandating a preliminary determination on the utility of a *Charter*-based inquiry is not new: *R. v. Pires*, 2005 SCC 66, [2005] 3 S.C.R. 343. Similar thresholds are also imposed in other areas of the criminal law, they are not an anomaly. Threshold requirements may be imposed for pragmatic reasons alone. As this Court observed in *Pires* (at para. 35):

For our justice system to operate, trial judges must have some ability to control the course of proceedings before them. One such mechanism is the power to decline to embark upon an evidentiary hearing at the request of one of the parties when that party is unable to show a reasonable likelihood that the hearing can assist in determining the issues before the court.

Quite apart from any such pragmatic considerations, there is good reason to impose a threshold burden on the applicant who alleges that an act of prosecutorial discretion constitutes an abuse of process. Given that such decisions are generally beyond the reach of the court, it is not

sufficient to launch an inquiry for an applicant to make a bare allegation of abuse of process. For example, it would not suffice for an applicant to allege abuse of process based on the fact that the Crown decided to pursue the charges against him but withdrew similar charges against a co-accused. Without more, there would be no basis for the court to look behind the exercise of prosecutorial discretion.

However, the repudiation of a plea agreement is not just a bare allegation. It is evidence that the Crown has gone back on its word. As everyone agrees, it is of crucial importance to the proper and fair administration of criminal justice that plea agreements be honoured. The repudiation of a plea agreement is a rare and exceptional event. In my view, evidence that a plea agreement was entered into with the Crown, and subsequently reneged by the Crown, provides the requisite evidentiary threshold to embark on a review of the decision for abuse of process. Further, to the extent that the Crown is the only party who is privy to the information, the evidentiary burden shifts to the Crown to enlighten the court on the circumstances and reasons behind its decision to resile from the agreement. That is, the Crown must explain why and how it made the decision not to honour the plea agreement. The ultimate burden of proving abuse of process remains on the applicant and, as discussed earlier, the test is a stringent one. However, if the Crown provides little or no explanation to the court, this factor should weigh heavily in favour of the applicant in successfully making out an abuse of process claim. [paras. 59-63]

V. Conclusion

[97] In his submissions to the judge, Mr. Reynolds did not allege misconduct that would affect trial fairness. He relied upon the residual or second of the two categories of abuse of process, claiming the conduct of the prosecution “contravenes fundamental notions of justice and thus undermines the integrity of the judicial system”. Acknowledging that there was no malice or bad faith on the part of the Crown, Mr. Reynolds asserted that, given his trade with Mr. Knox is admitted to fall within his constitutionally protected treaty right to trade, the continued prosecution undermines society’s expectations of fairness.

[98] It is important to note that, while an assessment of the circumstances of the prosecution in a claim of abuse of process may include assessing the merits of the Crown's case, it does not necessarily turn on a determination of the merits. In this case, an assessment of the strength of the Crown's position respecting justification features prominently in the judge's consideration of the circumstances surrounding the prosecution; however, the finding of abuse of process was based on the totality of the circumstances surrounding the prosecution of Mr. Reynolds. This approach is consistent with the law and was appropriate given the factual matrix before the judge.

[99] The Crown's position in the application acknowledges the prosecution of Mr. Reynolds depends upon its ability to establish either: (i) by agreement, Mr. Reynolds treaty right to trade has been varied or suspended to exclude the right to trade in moose; or (ii) the application of the *Act* is a justifiable regulation of the treaty right to trade, under the test set out by the Supreme Court in *Sparrow* and *Badger*.

[100] The Provincial Court judge concluded, for reasons described above, that there is no reasonable prospect of the Crown establishing justification. There is no error in the analysis leading to this assessment. The evidence surrounding the September 24th meeting, including the letter from the Minister explaining the decision to implement the Policy, leave no doubt that the intention of the Policy was to end, albeit temporarily, the Aboriginal trade of moose to non-Aboriginals. The application of the *Act*, pursuant to the Policy, impairs the exercise of the treaty right to trade and is a *prima facie* infringement of that right. The Crown offered no evidence or any reasonable indication of the basis upon which it could establish that the application of the *Act*, in accordance with the Policy, regulates the treaty right only to the extent necessary. Nor was there any indication of a basis upon which it could be concluded the Policy respects the priority of the treaty right or accounts for an appropriate allocation of the limited resource. There is no dispute that the record establishes there has been no change to the annual fall licensed hunt or the ability to obtain a Transfer Permit for moose harvested pursuant to that hunt. The importance of the Department's conservation concerns over the number of moose

harvested annually, both under licences issued pursuant to the *Act* and through the exercise of the treaty right to hunt, is beyond question. However, how that concern may be justifiably addressed by only limiting the treaty right was not answered by either the Crown's evidence or its submissions.

[101] While the Provincial Court Judge did not similarly assess the Crown's assertion respecting an agreement to forbear the exercise of the treaty right, it is my view, as I have indicated above, based on the record, there is no reasonable prospect of the Crown establishing such an agreement. The assertion that an agreement was formed at the September 24th meeting is inconsistent with the record and further, the Crown's assertions the Chiefs had the authority to alter treaty rights in the circumstances are not persuasive.

[102] In summary, the two positions advanced by the Crown to overcome Mr. Reynolds' treaty rights may not be characterized as triable issues. This is not to apply a summary judgment like assessment to the Crown's case, requiring the Crown to lead convincing evidence of its case, or risk a dismissal. However, in the context of Mr. Reynolds' claim of abuse of process, an important consideration is an assessment of the Crown's assertions which seek to negative Mr. Reynolds' treaty right – it is a right which is admitted would otherwise allow him to trade moose with Mr. Knox.

[103] Moreover, the totality of the circumstances inescapably leads to the conclusion that the continued prosecution of the charges against Mr. Reynolds is unfair and oppressive. The burden of continuing to defend these charges is disproportionate to the interest of having these charges determined at trial. The prosecution of Mr. Reynolds in these circumstances amounts to an abuse of process. The comments of the Supreme Court in *R v. Nixon* reproduced above, bear repeating:

[...] prejudice under the residual category of cases is better conceptualized as an act tending to undermine society's expectations of fairness in the administration of justice. This essential balancing character of abuse of process under the residual category of cases was well captured by the

words of L'Heureux-Dubé J. in *R. v. Conway*, [1989] 1 S.C.R. 1659. She stated the following:

Under the doctrine of abuse of process, the unfair or oppressive treatment of an appellant disentitles the Crown to carry on with the prosecution of the charge. [Emphasis added.] The prosecution is set aside, not on the merits (see *Jewitt, supra*, at p. 148), but because it is tainted to such a degree that to allow it to proceed would tarnish the integrity of the court. The doctrine is one of the safeguards designed to ensure “that the repression of crime through the conviction of the guilty is done in a way which reflects our fundamental values as a society” (*Rothman v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 640, at p. 689, *per* Lamer J.). It acknowledges that courts must have the respect and support of the community in order that the administration of criminal justice may properly fulfil its function. Consequently, where the affront to fair play and decency is disproportionate to the societal interest in the effective prosecution of criminal cases, then the administration of justice is best served by staying the proceedings. [Emphasis added by Charron J.; p. 1667]

[para. 41]

[104] There is no indication that, before the charges were laid, Mr. Reynolds would have expected the Crown to put in issue the treaty rights determined by the Supreme Court in *Marshall* in connection with a trade in moose. Following *Marshall*, the Crown began issuing Special Transfer Permits, under s. 91(2), to allow non-Aboriginals to acquire moose from Aboriginals. Then, in 2003, out of concern over the number of moose harvested, the Policy was implemented – ending the issue of Special Transfer Permits and expressing an intention to prosecute non-Aboriginals who possess moose without a permit or registration. There is no mention of similarly prosecuting Aboriginals for trading to non-Aboriginals and there is no evidence to indicate that the Policy was published. The Crown did not, by *Act* or Regulation, directly regulate the treaty right respecting moose, as it could have done, subject to the principles set out in *Sparrow* and *Badger*.

[105] In 2013, Mr. Reynolds was charged. Prosecuting an Aboriginal under the *Act* for trading moose, in circumstances that are admitted to be within the treaty right to trade, is somewhat unique. More unique still, is doing so as an accessory to the offence of a non-Aboriginal. Based on the Crown's submissions to this Court and to the courts below, the prosecution of Mr. Reynolds addresses what it submits would otherwise be the unfair and unequal practice of prosecuting only a non-Aboriginal, for a trade of moose, only one side of the trade.

[106] After the charges were laid, the Crown's prosecution of Mr. Reynolds sought to carefully carve around the treaty rights described in *Marshall*. The Crown pursued liability on the basis that he was an accessory to Mr. Knox's offence and maintained his treaty rights were not engaged. As a consequence it maintained it didn't have to justify the application of the provisions of the *Act*, as contemplated by the Supreme Court in *Sparrow* and *Badger*. Additionally, the Crown maintained the right to trade determined in *Marshall* did not include trading with a non-Aboriginal – if the non-Aboriginal's participation in the trade was prohibited by law. These positions formed the basis of the Crown's case against Mr. Reynolds at least until his trial was adjourned because Mr. Reynolds discovered the existence of the Policy. It would appear that, until then, even the Department did not have the Policy, or the circumstances of the September 24th meeting which gave rise to the Policy, top of mind. It was in response to Mr. Reynolds application claiming abuse of process, and more than one year after charging him, the Crown maintained that “there is but one principal issue in this prosecution”, that is: whether the First Nations had voluntarily agreed at a meeting with the Minister on September 24, 2003 to forbear exercising their treaty right to trade in moose.

[107] The decision to charge Mr. Reynolds, in view of the admitted treaty right, and to pursue the prosecution of the charges based on weak and then changing theories of his liability is, at the very least, inconsistent with the principles respecting the honour of the Crown, as applied by the Supreme Court in *Marshall* in connection with the very treaty rights at issue in this case. While there is no indication Mr. Reynolds knew of the Policy, even if he had, it indicates that Special Transfer Permits would no longer be

available to non-Aboriginals and “Non-Aboriginal persons found in possession of moose meat without a valid registration or transfer permit will face prosecution”. The Crown simply resorted to the enforcement to a law of general application which is inconsistent with Mr. Reynolds’ treaty right to hunt and trade. This did not discharge the duty owed to the Aboriginal people of New Brunswick.

[108] It is my view the Provincial Court judge was correct to conclude, in the circumstances, the prosecution of Mr. Reynolds amounted to an abuse of process. Further, with that finding, the only appropriate option available was a stay of proceedings. I agree he was correct to conclude Mr. Reynolds should not have to answer the prosecution any further.

VI. Disposition

[109] For these reasons, I would grant leave but would dismiss the appeal.

LE JUGE FRENCH

I. Introduction et contexte

[1] Le ministère public interjette appel d'une décision qui a intimé l'arrêt des procédures relativement à des accusations portées contre Michael Paul Reynolds en vertu de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1 (la « *Loi* »). En 2012, ce dernier a tué un orignal et en a offert la viande à Addison Knox en échange d'un véhicule. Le ministère public reconnaît que M. Reynolds, qui est Autochtone, est bénéficiaire d'un traité conclu en février 1760 et qu'il possède, en conséquence, le droit de chasser et de pêcher ainsi que l'a conclu la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, [1999] A.C.S. n° 55 (QL). Le Traité de 1760 est reconnu et confirmé à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[2] M. Knox, un non-Autochtone, a été accusé d'avoir échangé de la viande d'orignal, infraction prévue à l'al. 51(1)a) de la *Loi*, et d'avoir illégalement été en possession de viande d'orignal, infraction prévue à l'art. 58. M. Knox n'avait pas de permis de transfert autorisant la possession de la viande reçue de M. Reynolds et il a plaidé coupable aux deux chefs d'accusation. Un permis de transfert délivré par le ministre du Développement de l'énergie et des ressources conformément au pouvoir discrétionnaire qui lui est conféré au par. 91(2) de la *Loi* autorise son titulaire à avoir en sa possession la viande d'un orignal (ou d'un autre animal de la faune) légalement tué ou abattu par une autre personne.

[3] Des accusations ont également été portées contre M. Reynolds en vertu de la *Loi*, mais contrairement à M. Knox, il n'a été directement accusé ni d'avoir illégalement échangé de la viande d'orignal, en vertu de l'al. 51(1)a), ni d'avoir illégalement eu de la viande d'orignal en sa possession, en vertu de l'art. 58. M. Reynolds a plutôt été accusé à titre de complice des infractions commises par M. Knox. Le

ministère public s'appuie sur l'art. 94 de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1, lequel dispose que le complice d'une infraction peut être accusé de cette infraction.

[4] La position initiale du ministère public était que les droits issus de traités de M. Reynolds ne constituaient pas une défense opposable aux accusations. Le ministère public a soutenu que le Traité de 1760 conférait le droit de faire des échanges ou de commercer avec un non-Autochtone, mais seulement dans des circonstances où ce non-Autochtone était légalement fondé à acquérir le produit de l'échange ou du commerce – en l'espèce, de l'orignal. Le ministère public a également fait valoir que puisque M. Reynolds était poursuivi à titre de complice, toute atteinte à ses droits issus de traités (atteinte que le ministère public nie) n'était qu'accessoire à l'exécution de la *Loi* relativement à l'infraction commise par un non-Autochtone et il s'ensuivait que le ministère public n'avait pas la charge d'établir que l'atteinte constituait une restriction ou une limitation « justifiable » selon le critère de justification, à l'égard des droits issus de traités garantis par la Constitution, que la Cour suprême a énoncé dans les arrêts *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, [1990] A.C.S. n° 49 (QL), et *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, [1996] A.C.S. n° 39 (QL).

[5] Le procès de M. Reynolds devait avoir lieu en janvier 2014 et durer trois jours. Quelques semaines avant le procès, il est devenu manifeste qu'il ne pourrait pas avoir lieu. M. Reynolds a informé la Cour qu'il venait de découvrir que M. Knox n'avait pas simplement omis d'obtenir un permis de transfert mais qu'il n'aurait pas pu en obtenir un. M. Reynolds a appris que, conformément à la politique du gouvernement, le Ministre n'exercerait pas le pouvoir discrétionnaire que lui conférait le par. 91(2) de la *Loi* de délivrer un permis à un non-Autochtone qui voudrait acquérir et avoir en sa possession la viande d'un orignal tué par un Autochtone. Presque une décennie plus tôt, savoir le 25 septembre 2003, le ministère des Ressources naturelles (tel était alors son nom) a adopté une politique (la « Politique ») qui dispose que « [d]orénavant » le ministère « ne délivrera pas de permis de transfert spéciaux pour la vente des originaux abattus par des chasseurs autochtones » et qu'à l'avenir, les permis de transfert ne

pourront être délivrés qu'« aux personnes qui possèdent un permis valide de chasse à l'original ainsi qu'un certificat d'enregistrement ». De plus, la Politique dispose que « [l]es personnes non autochtones que l'on trouvera en possession de viande d'original sans posséder un certificat d'enregistrement valide et un permis de transfert valide, feront l'objet de poursuites judiciaires conformément à la *Loi sur la pêche sportive et la chasse* du Nouveau-Brunswick ». La Politique a mis fin à la pratique antérieure du Ministre qui consistait à délivrer des permis de transfert spéciaux afin d'autoriser des non-Autochtones à avoir en leur possession de l'original obtenu d'Autochtones. À l'évidence, la Politique n'entend pas réglementer directement le droit issu de traités de faire le commerce de l'original; elle cherche plutôt à empêcher les non-Autochtones de se porter légalement acquéreurs de la viande d'un original tué par un Autochtone.

[6] Contestant ce qu'il estimait être un moyen détourné de passer outre à son droit issu de traités de commercer qui a été constaté par la Cour suprême dans l'arrêt *Marshall*, M. Reynolds a répondu aux prétentions du ministère public en faisant valoir que : (i) le ministère public cherchait à remettre en litige les droits issus de traités qui, a-t-il prétendu, avaient été clairement reconnus; (ii) la Politique, en interdisant la délivrance de permis de transfert autorisant des non-Autochtones à se procurer de la viande d'original dans le cadre d'un échange commercial avec des Autochtones, a mis fin à la capacité des Autochtones d'exercer le droit issu de traités de commercer; et (iii) les dispositions de la *Loi* qui étaient contestées portaient atteinte à son droit issu de traités de commercer, et elles étaient inconstitutionnelles, à moins que le ministère public ne puisse établir que la *Loi* était justifiée, comme l'a envisagé la Cour suprême dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*. M. Reynolds a fait valoir que le ministère public ne pouvait justifier la *Loi* au moyen d'une mesure qui mettait effectivement fin au droit issu de traités de commercer sans modifier le droit des non-Autochtones de chasser l'original.

[7] M. Reynolds a sollicité la suspension des accusations portées contre lui, pour le motif qu'elles constituent un abus de procédure, étant donné le droit issu de traités de chasser et de commercer qui lui est garanti par la Constitution, et a déposé un avis de

demande – question constitutionnelle (conformément aux *Règles de fonctionnement de la Cour provinciale*).

[8] Pour les fins de la demande de M. Reynolds, les parties ont présenté au juge de la Cour provinciale un exposé conjoint des faits et un cahier des pièces. M. Reynolds a reconnu l'échange conclu avec M. Knox. Le ministère public a admis que M. Reynolds possède le droit issu de traités de chasser et de commercer qui est reconnu à l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Ce qui est également important sur le plan factuel, c'est que le ministère public a admis que l'échange en question relève du droit issu de traités de M. Reynolds parce qu'il s'agissait d'un échange contre des [TRADUCTION] « biens nécessaires pour s'assurer une subsistance convenable ». Pour un exemple d'une instance où, d'après les faits, les activités en jeu ne relevaient pas des droits issus de traités, voir l'arrêt *R. c. Polches et autres*, 2008 NBCA 1, 325 R.N.-B. (2^e) 262. Toutefois, l'exposé conjoint des faits dispose expressément que le ministère public reconnaît les faits en question [TRADUCTION] « [s]ous réserve de sa position à l'égard de la consultation des Premières Nations de la province et de l'entente conclue avec elles ». Concrètement, le ministère public reconnaît que l'échange conclu avec M. Knox relève de l'exercice légitime du droit issu de traités de commercer que possède M. Reynolds mais il prétend que ce droit issu de traités ne s'applique pas aux originaux et ne le met donc pas à l'abri d'une poursuite. Le ministère public prétend que les Premières Nations du Nouveau-Brunswick ont accepté, lors d'une réunion tenue le 24 septembre 2003, de s'abstenir d'exercer leur droit issu de traités de faire le commerce de l'original avec des non-Autochtones. Subsidiairement, pour le cas où sa position sur l'existence d'une entente de cette nature ne serait pas acceptée, le ministère public fait valoir qu'il a consulté les Premières Nations en ce qui concerne la mise en œuvre de la Politique et que l'application de la *Loi* (conformément à la Politique de 2003) constitue une restriction ou une limitation justifiable à l'exercice du droit de commercer qui est issu du Traité de 1760.

[9] Le ministère public a soutenu qu'il produirait au procès des éléments de preuve à l'appui de ses assertions concernant l'existence d'une entente et d'une

justification. Il a nié que la poursuite engagée contre M. Reynolds ait constitué un abus de procédure (ou ait même satisfait au critère préliminaire qui intervient en matière d'abus de procédure) et a prétendu que la demande devait être rejetée. M. Reynolds a soutenu qu'aucune entente n'avait été conclue lors de la réunion du 24 septembre 2003. Il a fait valoir que le dossier déposé devant la Cour établissait nettement qu'aucune entente n'a été conclue lors de cette réunion et, de plus, que même si un consensus avait été obtenu, les chefs n'avaient manifestement pas le pouvoir de modifier les droits issus du Traité de 1760. M. Reynolds a en outre prétendu que le ministère public ne pouvait pas, au regard du critère de justification énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*, justifier l'existence de la *Loi* au moyen d'une politique qui nie effectivement le droit de faire le commerce de l'original tout en laissant inchangé le droit des non-Autochtones de chasser l'original.

[10] Le juge de la Cour provinciale a pris en considération l'ensemble des circonstances de la poursuite engagée contre M. Reynolds et, après avoir conclu que le maintien de la poursuite constituerait un abus de procédure, il a sursis aux accusations. Souscrivant aux prétentions de M. Reynolds, il a conclu que, dans les circonstances, le ministère public ne pouvait pas justifier l'atteinte au droit issu de traités. Il a conclu que bien que la Politique ait effectivement éliminé le droit issu de traités de faire le commerce de l'original avec des non-Autochtones, la chasse à l'original par des non-Autochtones et le système des permis de transfert n'étaient pas touchés au même titre par les préoccupations en matière de conservation qui, selon ce que prétendait le ministère public, étaient la raison pour laquelle la Politique avait été mise en vigueur.

[11] L'appel que le ministère public a interjeté devant la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a été rejeté. Toutefois, si le juge a rejeté l'appel, ce n'était pas parce qu'il souscrivait aux motifs donnés par le juge de la Cour provinciale. En fait, il a dit qu'il aurait accueilli l'appel du ministère public – en raison de ce qu'il estimait être l'omission du juge de la Cour provinciale de donner au ministère public la possibilité de produire des preuves relativement à son assertion voulant que, lors de la réunion du 24 septembre 2003, les chefs des Premières Nations du Nouveau-Brunswick

aient accepté de renoncer à leur droit issu de traités de faire le commerce de l'original avec des non-Autochtones. À son avis, le différend factuel concernant l'existence d'une entente était une question préjudicielle et on aurait dû autoriser son instruction, ainsi que le prétendait le ministère public. Il a conclu que si le ministère public arrivait à prouver l'existence d'une entente, cela trancherait l'instance et les questions ressortissant au *stare decisis*, à la réinstruction d'une question et à la justification perdraient toute portée pratique. Malgré cette conclusion, il a rejeté l'appel du ministère public. Selon son raisonnement, le juge de la Cour provinciale était fondé à surseoir aux accusations portées contre M. Reynolds parce que la Cour provinciale n'est pas l'instance appropriée pour trancher les questions complexes soulevées relativement aux droits issus de traités de M. Reynolds. Il s'est appuyé sur les observations de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 (aux par. 142 à 144) et de notre Cour dans l'arrêt *Bernard c. R.*, 2003 NBCA 55, 262 R.N.-B. (2^e) 1 (aux par. 450 à 460 (R.N.-B.)), et a conclu que les assertions du ministère public soulevaient des questions complexes d'une grande importance pour un grand nombre de personnes qui n'étaient pas présentes devant la Cour et qu'il serait plus indiqué qu'elles soient examinées devant une autre instance. C'est pour ce motif qu'il a conclu que c'était à bon droit que le juge de la Cour provinciale avait sursis aux accusations et il a rejeté l'appel du ministère public.

[12] Dans son appel à notre Cour, le ministère public fait valoir que le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur en concluant que la suspension permanente des accusations était justifiée pour le motif que la Cour provinciale n'est pas l'instance appropriée pour trancher les questions ressortissant aux droits issus de traités qui découlent de la poursuite engagée. En réponse à l'appel du ministère public, M. Reynolds a déposé un avis de désaccord dans lequel il demande que l'appel soit rejeté et la suspension des accusations maintenue, pour les motifs donnés par le juge de la Cour provinciale.

[13] À l'audience devant nous, il a été reconnu que la Cour suprême n'a pas ordonné la suspension permanente des accusations (dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c.*

Bernard). Elle a plutôt fait état des avantages évidents d'une suspension temporaire des accusations portées par voie de procédure sommaire jusqu'à ce que soient tranchées, devant un autre tribunal, des questions complexes ressortissant aux droits issus de traités des Autochtones qui font intervenir les intérêts d'un grand nombre de personnes qui ne participent pas par ailleurs à la procédure sommaire. On a également reconnu que, dans sa demande, M. Reynolds n'avait pas demandé la suspension permanente de l'instance mais avait plutôt sollicité, à titre de mesure réparatoire subsidiaire, une suspension temporaire jusqu'à ce que les prétentions du ministère public soient tranchées devant un autre tribunal.

[14] Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis de faire droit à la demande en autorisation d'appel du ministère public, mais comme on le demande dans l'avis de désaccord, je suis d'avis de rejeter l'appel qu'interjette le ministère public de la décision du juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, en grande partie pour les motifs donnés par le juge de la Cour provinciale.

II. Les procédures devant la Cour provinciale et devant la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires

A. *La demande à la Cour provinciale*

[15] Au motif que la poursuite des accusations portées en vertu de la *Loi* violerait son droit issu de traités de commercer, M. Reynolds a demandé la suspension de l'instance. Dans son avis de demande – question constitutionnelle, il fait valoir ce qui suit :

[TRADUCTION]

1. Les accusations portées contre Michael Reynolds constituent un abus de procédure en common law et violent les dispositions suivantes :

- l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* qui reconnaît et confirme les droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones;

- l'article 25 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui garantit la priorité des droits ancestraux ou issus de traités des Autochtones;
- l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui se rapporte au droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne.

Le requérant sollicite la suspension de l'instance parce qu'il s'agit de la mesure réparatoire appropriée en common law ou conformément à l'article 24 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

2. De plus ou subsidiairement, il demande que les accusations soient suspendues pour le motif qu'elles constituent un abus de procédure parce que le ministère public essaie de remettre en litige le droit issu de traités des Autochtones que la Cour suprême du Canada a établi dans l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, et que la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a jugé avoir force obligatoire dans l'arrêt *R. c. Bernard*, 2003 NBCA 55 (CanLII), au par. 14, et plus précisément le droit des Autochtones qui permet :

56. ...de continuer à pouvoir se procurer les biens nécessaires en pratiquant la chasse et la pêche et en échangeant le produit de ces activités traditionnelles, sous réserve des restrictions qui peuvent être justifiées suivant le critère établi dans *Badger*.

(*Marshall*, par. 56, souligné dans l'original.)

3. Subsidiairement, il demande que les accusations soient suspendues jusqu'à ce que le ministère public obtienne un jugement déclaratoire de nature civile concernant sa position sur le sens et la réglementation du droit issu de traités reconnu dans l'arrêt *Marshall* tel qu'il est envisagé par l'expert qu'il propose comme témoin, M. Stephen Patterson, Ph. D., afin que toutes les parties intéressées, y compris les Premières Nations du Nouveau-Brunswick, puissent prendre part au litige ainsi que l'a prescrit la Cour suprême du Canada au paragraphe 144 de l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, 2005 CSC 43[.]

[16] Lors de l'audition de la demande, aucun témoignage de vive voix n'a été produit. On a présenté au juge un exposé conjoint des faits ainsi qu'un cahier des pièces contenant un certain nombre de documents. Dans l'exposé conjoint des faits, M. Reynolds reconnaît les éléments factuels des infractions et le ministère public reconnaît les droits issus de traités de M. Reynolds. Plus précisément, le ministère public reconnaît notamment ce qui suit :

[TRADUCTION]

2. [...] M. Reynolds est un Autochtone au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* : il est Malécite et membre de la Première nation de Woodstock. [I] peut, à ce titre, exercer les droits issus de traités qui s'appliquent à sa collectivité autochtone, y compris les droits issus de traités reconnus par la Cour suprême du Canada dans les deux arrêts *R. c. Marshall*.

[...]

5. [L]e défendeur est un bénéficiaire du Traité de février 1760, conclu par les Indiens de la rivière Saint-Jean (les Malécites d'aujourd'hui) et les Britanniques. Ce traité est toujours valide et en vigueur, et il comporte une clause relative au commerce qui a fait l'objet d'un litige devant la Cour suprême du Canada dans les deux arrêts *Marshall*.

6. [S]ous réserve de sa position à l'égard de la consultation des Premières Nations de la province et de l'entente conclue avec elles, [...] la transaction décrite en l'espèce correspond à la description des [TRADUCTION] « biens nécessaires pour s'assurer une subsistance convenable » que donne la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Marshall*. [...] [C'est moi qui souligne.]

[17] Le cahier des pièces contenait : (1) le sommaire de témoignage des éventuels témoins experts du ministère public, y compris M. Patterson, Ph. D., l'expert que le ministère public entend citer comme témoin sur la question des droits issus de traités dans la province; (2) des documents et de la correspondance se trouvant en la possession du ministère du Développement de l'énergie et des ressources et concernant la Politique ainsi que des réunions auxquelles ont participé le Ministre (et des fonctionnaires) et les chefs de différentes Premières Nations de la province (et que le

ministère public avait communiqués à M. Reynolds); et (3) des documents de la Province concernant la population d'originaux et la chasse à l'original qui a lieu chaque année à l'automne (que M. Reynolds avait obtenus au moyen d'une demande d'accès à l'information), ainsi qu'une lettre datée de 2014 qui indique que le Ministre délivre annuellement de 6 000 à 7 000 permis de transfert environ.

[18] Malgré la reconnaissance par le ministère public des droits issus de traités de M. Reynolds, une certaine connaissance de la nature et de l'étendue de ces droits et une appréciation des principes juridiques qui s'appliquent à leur exercice sont nécessaires si l'on veut bien saisir les analyses effectuées dans les décisions des tribunaux inférieurs ainsi que les questions soulevées dans le cadre du présent appel. Il s'ensuit qu'avant d'aller plus loin, j'examinerai brièvement les règles de droit et principes incontestés qui se rapportent aux droits issus de traités de M. Reynolds.

[19] Comme on le reconnaît dans l'exposé conjoint des faits, M. Reynolds est Malécite, membre de la Première nation de Woodstock et bénéficiaire du Traité de 1760. M. Reynolds peut exercer les droits issus de traités, lesquels comprennent le droit de chasser et de commercer, et qui ont été décrits par la Cour suprême dans les arrêts *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, [1999] A.C.S. n° 55 (QL), et *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, [1999] A.C.S. n° 66 (QL) (pour ce qui concerne la reconnaissance par notre Cour des droits issus de traités, voir les arrêts *Bernard c. R.*, 2003 NBCA 55; 262 R.N.-B. (2^e) 1; et *R. c. Sappier et Polchies*, 2004 NBCA 56, 273 R.N.-B. (2^e) 93).

[20] Dans l'affaire *Marshall*, des accusations avaient été portées contre un Autochtone sous le régime de la *Loi sur les pêches*, L.R.C. 1985, ch. F-14, pour avoir pêché et vendu des anguilles sans permis, avoir pêché pendant la période de fermeture et avoir pêché à l'aide de filets prohibés. La Cour suprême a jugé que le Traité de 1760 dont il est question comprenait le droit de chasser, de pêcher et de faire la cueillette ainsi que celui de faire le commerce du produit de ces activités pour se procurer des « biens nécessaires ». La Cour suprême a jugé que le droit de commercer pour pouvoir se procurer des « biens nécessaires » autorise, de nos jours, l'obtention d'une « subsistance

convenable », mais il n'autorise pas « l'accumulation de richesses illimitées ». Autrement dit, le droit de commercer est limité. L'activité commerciale qui dépasse les limites du droit issu de traités n'est pas protégée par le traité. De plus, les droits issus de traités peuvent être réglementés par le Parlement ou l'assemblée législative d'une province à la condition que la réglementation puisse être justifiée suivant le critère établi dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*. Le juge Binnie, qui rendait jugement au nom de la majorité dans l'arrêt *Marshall*, a fait un survol de ces décisions dans ses commentaires introductifs, survol qui comprend les limites apportées à la capacité de la Couronne de réglementer les droits issus de traités après que ceux-ci ont été reconnus dans la *Loi constitutionnelle de 1982*. Il a affirmé ce qui suit :

[...] Dans *R. c. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, et dans des décisions antérieures citées dans cet arrêt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a confirmé le droit ancestral des Mi'kmaq de pêcher pour se nourrir. L'appelant affirme que le traité lui permet de pêcher à des fins commerciales. À mon avis, le Traité de 1760 confirme le droit des Mi'kmaq de continuer à assurer leur subsistance en se servant du produit de leurs activités de chasse, de pêche et de cueillette pour se procurer ce qu'on appelait en 1760 les « biens nécessaires ». **Ce droit a toujours été assujéti à la réglementation.** Le ministère public ne prétend pas que le règlement en cause tient compte du droit issu du traité. Il plaide plutôt qu'aucun droit de la sorte n'existe. De plus, le ministère public n'a ni prétendu que ce droit avait été éteint avant 1982, ni tenté de justifier les diverses prohibitions en litige dans la présente affaire. En conséquence, je suis d'avis que l'appelant a droit à l'acquiescement. [par. 4]

[...]

Je dois souligner, au départ, que l'appelant exagère ses droits. J'estime que les droits issus du traité se limitent au fait de pouvoir se procurer les « biens nécessaires » (expression qui, selon moi, s'entend aujourd'hui d'une subsistance convenable), et ne s'étendent pas à l'accumulation de richesses illimitées. Interprétés ainsi, toutefois, ces droits sont, à mon avis, des droits issus de traité au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ils sont assujétiés aux règlements dont la justification

peut se démontrer suivant le critère établi dans l'arrêt *Badger (R. c. Badger, [1996] 1 R.C.S. 771)*.

[...] Si, à un moment donné, le commerce de l'appelant et les activités de pêche connexes devaient dépasser ce qui est raisonnablement requis pour pouvoir se procurer les biens nécessaires, suivant la définition donnée à ce terme plus loin dans les présents motifs, il cesserait de bénéficier de la protection du traité et il pourrait s'attendre à être traité en conséquence. [par. 7 et 8]

[C'est moi qui souligne.]

[21] Avant la *Loi constitutionnelle de 1982*, le droit issu de traités de chasser, de pêcher, de faire de la cueillette et de commercer « dont jouissaient les autres sujets britanniques de la région » (par. 45) pouvait être réglementé ou modifié de la même manière que les lois d'application générale. Ce qui est important, toutefois, c'est qu'à la suite de leur reconnaissance à l'art. 35, ni le Parlement ni l'assemblée législative d'une province ne peuvent écarter ou enfreindre les droits issus de traités à moins que la Couronne puisse justifier la nécessité d'une telle mesure conformément au critère énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*. Comme l'a expliqué le juge Binnie :

Jusqu'à l'édiction de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les droits issus de traités des peuples autochtones pouvaient être écartés par des dispositions législatives valides aussi facilement que pouvaient l'être les droits et libertés des autres habitants. La haie n'offrait aucune protection spéciale, comme l'ont appris les peuples autochtones dans des affaires antérieures portant sur des droits de chasse, tels les arrêts *Sikyey c. The Queen*, [1964] R.C.S. 642, et *R. c. George*, [1966] R.C.S. 267. Le 17 avril 1982, toutefois, ce type particulier de « haie » a été transformée par le par. 35(1) en un rempart plus solide, qui ne peut être déplacé que dans les cas où cela est justifié suivant le critère qui a été établi dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, aux pp. 1112 et suiv., et qui a été adapté à l'application des traités dans *Badger*, précité, le juge Cory, aux par. 75 et suiv. Voir également l'arrêt *R. c. Bombay*, [1993] 1 C.N.L.R. 92 (C.A. Ont.). Le fait que le contenu des droits de chasse, de pêche et de commerce conférés aux Mi'kmaq par le traité n'était pas plus large que les droits dont jouissaient les autres habitants n'affecte en rien la protection plus grande qu'ils offrent actuellement aux

Mi'kmaq, à moins que ces droits n'aient été éteints avant le 17 avril 1982. [par. 48]

[22] Il n'y a aucune contestation relativement aux règles de droit et principes énoncés ci-dessus, lesquels ont tous été soigneusement recensés par le juge de la Cour provinciale. Plus loin dans les présents motifs, j'examinerai plus en détail le critère qui s'applique lorsqu'il s'agit de justifier la réglementation d'un droit issu de traités et qui a été énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*, et notamment les questions que sont la nécessité et la priorité, lesquelles ont toutes deux constitué des éléments importants de la décision du juge portant que le ministère public ne pouvait pas justifier la *Loi* dans les circonstances.

[23] Chose importante, pour les fins de la demande de M. Reynolds, les questions en litige ont été définies par le fait que le ministère public a reconnu que l'échange que M. Reynolds a conclu avec M. Knox aurait relevé de son droit issu de traités de commercer n'eût été la position du ministère public selon laquelle : (1) lors de la réunion du 24 septembre, les chefs ont accepté de [TRADUCTION] « s'abstenir d'exercer » leur droit issu de traités de faire le commerce de l'original avec des non-Autochtones; et, subsidiairement, (2) la réunion a constitué une consultation des Premières nations et l'application de la *Loi* (en conformité avec la Politique) constitue une réglementation justifiable du droit issu de traités de faire le commerce de l'original. Pour ce motif, le ministère public a fait valoir que la demande était, au mieux, prématurée et qu'elle devait être rejetée.

[24] Dans ses motifs, le juge de la Cour provinciale a fait un examen exhaustif des règles de droit relatives à l'abus de procédure et, après avoir pris en compte les circonstances de la poursuite, il a conclu que le maintien de cette poursuite constituerait un abus de procédure. Il a ainsi résumé les circonstances de la poursuite engagée contre M. Reynolds :

[TRADUCTION]

En résumé, je conclus que les circonstances de la poursuite engagée contre le défendeur sont les suivantes :

1. Le ministère public reconnaît l'existence du droit issu de traités des Autochtones de M. Reynolds de pratiquer la chasse à l'original et d'en faire le commerce, malgré le fait que des politiques du ministère public tentent de lui nier ces droits issus de traités en interdisant aux non-Autochtones de commercer avec des Autochtones;
2. Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont déjà décidé qu'un Autochtone n'engage pas sa responsabilité criminelle en faisant le commerce de l'original dans le cas où une personne non autochtone a contrevenu aux dispositions de la *Loi sur le poisson et la faune*;
3. Le ministère public tente de faire instruire de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées en faveur des Autochtones, en particulier dans l'arrêt *Marshall*;
4. La Cour suprême du Canada a déclaré qu'il était préférable de débattre des questions relatives aux droits des Autochtones devant les tribunaux civils, et de suspendre les poursuites jusqu'à ce que ces questions soient tranchées;
5. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le ministère public satisfasse au critère de la justification énoncé dans les arrêts *Marshall*, *Badger* et *Sparrow* avec une politique qui nie complètement le droit issu de traités des Autochtones;
6. Le ministère public tente de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement;
7. Le ministère public a omis de reconnaître son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones et de prendre en considération l'honneur à laquelle la Couronne est tenue dans tous ses rapports avec les peuples autochtones.

[25] Dans le cadre de son examen des circonstances, le juge de la Cour provinciale a évoqué une des deux positions du ministère public. Il a conclu qu'il n'y

avait aucune possibilité raisonnable que le ministère public justifie l'application de la *Loi* en conformité avec la Politique. Il a conclu que la Politique, sans réglementer directement le droit issu de traités de commercer, avait eu pour effet pratique de nier le droit issu de traités de faire le commerce de l'orignal avec des non-Autochtones. En ne modifiant ni les droits de chasse à l'orignal des non-Autochtones ni le système des permis de transfert, la Politique a répondu à des préoccupations en matière de conservation sans tenir compte de l'obligation de la Couronne (i) de n'empiéter sur un droit issu de traités que dans la mesure nécessaire et (ii) d'accorder la priorité au droit issu de traités. Estimant que la Politique n'était ni un texte législatif ni un règlement, qui aurait été édicté ou modifié afin de réglementer le droit issu de traités des Autochtones de commercer, il a conclu [TRADUCTION] qu'« il est légalement impossible de satisfaire au critère de la justification puisqu'il n'y a aucune loi en cause. Le défendeur ne devrait pas faire l'objet d'une poursuite criminelle sur cette question ». De plus, il a souligné que bien que la Politique fasse expressément état d'une intention d'engager des poursuites contre toute personne non autochtone trouvée en possession de viande d'orignal (sans posséder un certificat d'enregistrement valide ou un permis de transfert valide), elle n'exprimait pas une intention similaire d'engager des poursuites contre des personnes autochtones pour leur participation.

[26] Dans ses motifs, le juge n'a pas examiné la position première du ministère public, savoir que lors de la réunion du 24 septembre, les Premières Nations auraient accepté de s'abstenir d'exercer leur droit issu de traités de faire le commerce de l'orignal. Le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu qu'il c'était là une erreur. La prétention du ministère public selon laquelle il existait une entente avait, à l'évidence, été examinée lors de l'audience devant le juge de la Cour provinciale. M. Reynolds a nié l'existence d'une entente et son avocate a passé en revue, d'une façon assez détaillée, les documents fournis par le ministère du Développement de l'énergie et des ressources, y compris les deux procès-verbaux de la réunion du 24 septembre. Il a fait valoir que les procès-verbaux non seulement ne prouvaient pas l'existence d'une entente mais prouvaient clairement l'absence d'une entente concernant le droit issu de traités de faire le commerce de l'orignal. M. Reynolds a également prétendu que les chefs n'avaient

pas le pouvoir de modifier les droits issus de traités au nom de leurs bandes et, en outre, que les documents indiquaient que le ministère savait que les chefs ne possédaient pas ce pouvoir. Lorsque l'avocat du ministère public a fait valoir sa position selon laquelle, à tout le moins, le ministère public croyait en toute bonne foi qu'une entente avait été conclue, le juge a dit qu'il éprouvait de [TRADUCTION] « réelles difficultés » à souscrire à l'idée que les documents déposés devant lui prouvaient l'existence d'une entente ainsi que le prétendait le ministère public. L'avocat du ministère public a dit que la preuve de l'existence de l'entente ne faisait pas partie de la motion et que, puisqu'elle n'entendait pas la preuve dans son ensemble, y compris les témoignages des [TRADUCTION] « personnes qui étaient présentes à la réunion et qui ont négocié », la Cour devait [TRADUCTION] « différer » de se prononcer sur la question de l'existence d'une entente.

B. *L'appel du ministère public devant la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires*

[27] Dans son appel à la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, le ministère public a prétendu que le juge de la Cour provinciale avait commis une erreur de droit ou une erreur mixte de droit et de fait en concluant à l'existence d'un abus de procédure justifiant la suspension de l'instance.

[28] Le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu que le juge de la Cour provinciale avait commis une erreur en ne donnant pas au ministère public la possibilité de produire des preuves relativement à son assertion selon laquelle les chefs avaient convenu de ne pas exercer leur droit issu de traités de faire le commerce de l'original avec des non-Autochtones (et aussi en n'examinant pas cette question dans ses motifs). Il a affirmé ce qui suit :

[TRADUCTION]

La question de savoir si une entente obligatoire a été conclue avec les Premières Nations néo-brunswickoises en vue de modifier le droit issu de traités est une question de fait. À mon avis, le juge du procès ne disposait pas de

suffisamment de preuve pour tirer cette conclusion. M. Reynolds ne peut se contenter d'invoquer le cahier des pièces conjoint et d'affirmer : [TRADUCTION] « Voilà la totalité du dossier relatif à la demande de suspension ». Cela irait à l'encontre des supplications répétées du ministère public au juge du procès lui demandant d'entendre des témoignages sur la question avant de décider s'il y avait lieu d'ordonner une suspension de l'instance. De plus, j'ai examiné attentivement le mémoire de M. Reynolds préalable à la demande (daté du 22 août 2014) et la transcription de la demande, et l'avocate de M. Reynolds ne soulève nulle part dans son mémoire ou ses observations orales la question du respect du paragraphe 2(3) de la *Loi sur les Indiens*.

La question de savoir s'il existait une entente visant à modifier le droit issu de traités est une question préliminaire. Si le juge du procès avait été saisi d'éléments de preuve sur cette question et avait conclu qu'une entente était intervenue entre les parties, cela aurait probablement mis fin à l'affaire. Les questions de la doctrine de *stare decisis*, de la remise en question et de la justification conformément au critère énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Badger* auraient alors été théoriques. En l'espèce, le juge du procès n'a pas entendu d'éléments de preuve concernant cette question préliminaire, et en réalité il ne traite même pas de la question dans ses motifs. À mon sens, le juge du procès a commis une erreur en omettant de laisser l'affaire se dérouler jusqu'au point où il y aurait suffisamment d'éléments de preuve devant la Cour pour trancher la question préliminaire. Il a ajouté à l'erreur en omettant d'expliquer, voire d'aborder, dans ses motifs la question de la prétendue entente. Si ce n'était de la conclusion du juge du procès selon laquelle il ne convient pas de trancher la question de droits ancestraux issus de traités dans le cadre de procédures sommaires, j'aurais accueilli l'appel et annulé la suspension de l'instance. Toutefois, pour les motifs qui suivent, je conclus que l'exercice par le juge du procès de son pouvoir discrétionnaire d'accorder la suspension de l'instance était justifié. [par. 21 et 22]

[29] Le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a rejeté la prétention de M. Reynolds selon laquelle, même si les chefs avaient accepté de modifier le droit issu de traités, ils n'avaient pas, en droit, le pouvoir d'obliger leurs bandes

respectives. Le juge a demandé et reçu des mémoires sur la question de la modification des droits issus de traités. Au final, toutefois, il a conclu que M. Reynolds n'avait pas, devant le juge de la Cour provinciale, soulevé la question du par. 2(3) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, et qu'il n'avait pas à examiner cette question davantage. En appel, l'avocate de M. Reynolds souligne, à juste titre, que bien que dans le mémoire qu'il a présenté au juge de la Cour provinciale, M. Reynolds n'ait pas expressément mentionné le par. 2(3), il avait clairement fait connaître au juge sa position selon laquelle les chefs n'avaient pas le pouvoir de conclure une entente de cette nature.

[30] Malgré ces conclusions, le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a rejeté l'appel du ministère public parce qu'il a souscrit à ce qu'il a estimé être la conclusion du juge de la Cour provinciale, savoir qu'il y avait lieu de suspendre les accusations portées contre M. Reynolds pour le motif qu'une poursuite devant la Cour provinciale n'est pas le cadre approprié pour trancher les questions complexes ressortissant aux droits issus de traités des Autochtones qui se posent dans les circonstances qui nous occupent en l'espèce. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

Au cours de ses observations orales devant le juge de procès et moi-même, le ministère public a reconnu que la présente affaire soulève des questions complexes qui auraient des répercussions importantes sur les droits [...] issus de traités. De surcroît, les circonstances de l'espèce exigent que l'on accorde à toutes les parties intéressées dans l'issue de l'affaire l'occasion d'être entendues, en particulier les Premières Nations présumées parties à une entente visant à modifier le droit issu de traités. Les faiblesses et les insuffisances des procédures sommaires lorsqu'il est question de statuer sur les droits issus de traités, relevées dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard*, précité, s'appliquent en l'espèce. Les limites procédurales de la Cour provinciale en ce qui concerne la recherche des faits (à savoir, notamment, l'absence de dispositions prévoyant les interrogatoires préalables et la communication de documents) font obstacle à un examen approfondi des faits sociaux et législatifs souvent complexes présentés durant les affaires constitutionnelles. Cela est particulièrement préoccupant compte tenu du

degré élevé de déférence dont une cour de révision doit faire preuve lorsqu'elle est appelée à réviser les conclusions tirées par le juge du procès relativement à des faits de cette nature (*R. c. Bedford*, 2013 CSC 72, aux par. 48 à 56). À mon sens, le juge du procès a conclu à bon droit qu'une poursuite par voie de procédure sommaire devant la Cour provinciale n'est pas le forum approprié pour trancher les questions de droits [...] issues de traités soulevées en l'espèce, et pour ce motif, il avait raison d'accorder la suspension de l'instance. Par conséquent, l'appel est rejeté. [par. 25]

[C'est moi qui souligne.]

[31] Pour en arriver à sa conclusion, le juge s'est appuyé sur les observations suivantes que la Cour suprême a faites dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard* :

Bien qu'un grand nombre des affaires de droits ancestraux qui se sont retrouvées devant cette Cour aient été introduites par voie de procédures sommaires, il me paraît évident que nous devrions reconsidérer l'opportunité de débattre les questions de traité autochtone, de droits ancestraux et de titre aborigène dans le contexte de procès criminels. Les questions sur lesquelles il est statué dans le cadre de ces affaires ont bien peu à voir avec la conduite criminelle de l'accusé; il s'agit plutôt de revendications qu'il conviendrait de traiter dans le cadre d'actions déclaratoires de nature civile. Les problèmes de procédure et de preuve inhérents à l'examen des revendications autochtones découlent non seulement des règles de preuve, de l'interprétation de la preuve et des conséquences des charges de présentation de la preuve qui s'appliquent, mais également de la portée de l'examen, en appel, des conclusions de fait tirées par le juge du procès. Ces revendications peuvent également influencer sur les droits et les intérêts concurrents d'un certain nombre de tiers qui pourraient avoir le droit d'être entendus à toutes les étapes du processus. En outre, des difficultés particulières surgissent s'il s'agit de statuer sur des revendications générales portant sur des droits relatifs à un titre ou issus d'un traité, lorsque ces revendications visent des zones géographiques qui ne se limitent pas aux lieux spécifiques aux accusations criminelles.

Il fait peu de doute que les questions de droit à trancher dans le cadre des revendications de droits ancestraux sont

beaucoup plus vastes que l'accusation criminelle elle-même, et que le processus pénal n'est ni adéquat ni approprié pour l'examen de ces revendications. Je signale que le juge Robertson de la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick a soulevé un certain nombre de préoccupations pour appuyer son opinion selon laquelle les procédures sommaires ne favorisent pas le prononcé de décisions équitables en matière de revendications de titre aborigène : *R. c. Bernard* (2003), 262 R.N.-B. (2^e) 1, 2003 NBCA 55, par. 450-460. Voir aussi les motifs du juge Daigle, par. 210.

La question du titre aborigène et de l'accès aux ressources au Nouveau-Brunswick et en Nouvelle-Écosse constitue un problème complexe d'une grande importance pour l'ensemble des résidents et des collectivités de ces provinces. Le sort de ces questions mérite que l'on procède à un examen minutieux et tous les intéressés devraient pouvoir participer au débat ou aux négociations. Ainsi, lorsque des questions de titre aborigène ou d'autres revendications de droits ancestraux sont soulevées dans le cadre de procédures sommaires, il pourrait être plus avantageux, pour toutes les personnes concernées, de demander **la suspension temporaire** des accusations afin de permettre que la revendication autochtone soit régulièrement débattue devant les tribunaux civils. Une fois tranchée la revendication des droits ancestraux sur la région en cause, le ministère public pourrait alors décider de l'opportunité de poursuivre les accusations criminelles. [par. 142 à 144]

[Le souligné et le gras sont de moi.]

III. Questions en litige en appel

A. *L'appel du ministère public*

[32] Dans sa demande en autorisation d'appel et son avis d'appel, le ministère public prétend, comme moyen d'appel, que le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit en intimant la suspension de l'instance pour des motifs :

[TRADUCTION]

a) [...] qui ne relevaient pas de sa compétence, savoir qu'il a prononcé la suspension pour le motif que la Cour provinciale n'est pas l'instance appropriée pour trancher des questions juridiques se rapportant aux citoyens autochtones de la province du Nouveau-Brunswick.

b) [...] qui n'ont été ni soulevés ni débattus par l'une ou l'autre partie, savoir la constitutionnalité de la *Loi sur la Cour provinciale* et la compétence de la Cour provinciale sur des questions se rapportant aux citoyens autochtones du Nouveau-Brunswick. [...]

B. *L'avis de désaccord de M. Reynolds*

[33] Dans son avis de désaccord, M. Reynolds a fait valoir qu'il a droit à la suspension des accusations portées contre lui, laquelle est la même mesure réparatoire que celle qu'a accordée le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, mais pour les motifs qu'a retenus le juge de la Cour provinciale, savoir que :

[TRADUCTION]

1. Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont déjà décidé qu'un Autochtone n'engage pas sa responsabilité criminelle en faisant le commerce de l'original dans le cas où une personne non autochtone a contrevenu aux dispositions de la *Loi sur le poisson et la faune*;
2. Le ministère public tente de faire instruire de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées en faveur des Autochtones, en particulier dans l'arrêt *Marshall*;
3. Il n'y a aucune possibilité raisonnable que le ministère public satisfasse au critère de la justification énoncé dans les arrêts *Marshall*, *Badger* et *Sparrow* avec une politique qui nie complètement le droit issu de traités des Autochtones;
4. Le ministère public tente de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement;
5. Le ministère public a omis de reconnaître son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones et de prendre en considération l'honneur à laquelle la

Couronne est tenue dans tous ses rapports avec les peuples autochtones;

6. Le juge du procès a analysé la politique invoquée par le ministère public ainsi que la documentation s'y rapportant et il a conclu que cette politique ne précisait pas que les personnes autochtones feraient l'objet de poursuites judiciaires pour avoir exercé leur droit ancestral et il a insisté sur l'obligation fiduciaire *sui generis* dont est tenue la Couronne dans tous ses rapports avec les peuples autochtones.

IV. Analyse

A. *L'appel qu'interjette le ministère public de la décision de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires*

[34] Le ministère public fait valoir que le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur en tranchant une question dont il n'était pas directement saisi et en concluant qu'il y avait lieu de prononcer la suspension pour le motif que la Cour provinciale n'est pas l'instance appropriée pour traiter des questions ressortissant aux droits des Autochtones.

[35] On ne saurait contester le bien-fondé manifeste des observations que la Cour suprême a faites dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard* (et notre Cour, dans l'arrêt *Bernard c. R.*) selon lesquelles il est préférable que des accusations portées par voie de procédure sommaire, qui soulèvent des questions complexes ressortissant aux droits des Autochtones, qui touchent les droits de personnes qui ne sont pas présentes devant la Cour et dont la portée dépasse celle de la poursuite engagée, soient tranchées dans un contexte autre que celui d'un procès criminel. Néanmoins, on s'entend pour reconnaître que la Cour suprême n'a ni envisagé ni ordonné la suspension permanente, pour ces motifs, d'accusations portées par voie de procédure sommaire. Qu'elle soit sollicitée à l'appui d'une prétention d'abus de procédure ou autrement, il n'y a rien, en droit, qui justifie la suspension permanente d'une accusation portée par voie de procédure sommaire pour la simple raison que l'accusation en question soulève des questions

complexes ressortissant aux droits des Autochtones qu'il serait préférable de trancher dans le cadre d'une procédure civile. Comme on l'a reconnu lors de l'audience tenue devant nous, les observations que la Cour suprême a faites dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard* ne confèrent pas à elles seules le pouvoir de suspendre les accusations de façon permanente. Il peut y avoir des circonstances dans lesquelles un juge de la Cour provinciale serait fondé à ordonner la suspension temporaire des accusations, en attendant le règlement d'un litige existant ou envisagé qui est susceptible d'avoir une incidence importante sur certains droits pertinents pour ce qui concerne l'instruction des accusations; or, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[36] De plus, M. Reynolds n'a pas sollicité la suspension permanente des accusations pour ce motif. Dans son avis de demande, il sollicite, comme mesure réparatoire subsidiaire, la suspension des accusations portées contre lui jusqu'à ce que le ministère public obtienne un jugement déclaratoire de nature civile concernant sa position sur le sens et la réglementation du droit issu de traités. Comme nous l'avons souligné, le juge de la Cour provinciale a pris en considération les observations de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Marshall; R. c. Bernard* dans son résumé des circonstances de la poursuite. Toutefois, ses motifs n'indiquent pas qu'il a interprété ces observations comme fondant, en soi, une suspension permanente. Il aurait commis une erreur s'il l'avait fait.

[37] Pour ces motifs, conformément à l'al. 839(1)a) du *Code criminel* (lequel est applicable par renvoi en vertu du par. 116(1) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*), je suis d'avis de faire droit à la demande en autorisation d'appel du ministère public sur une question de droit. J'aurais accueilli l'appel du ministère public n'était ma conclusion selon laquelle il y a lieu de le rejeter pour des raisons soulevées dans l'avis de désaccord et examinées ci-dessous.

B. *L'avis de désaccord*

[38] L'avis de désaccord reprend en fait la plupart des observations que M. Reynolds a présentées au juge de la Cour provinciale en première instance, la presque

totalité de ces observations ayant été examinée dans les motifs donnés par le juge pour ordonner la suspension. Sa décision n'était pas fondée sur l'acceptation d'une conclusion ou circonstance particulière. Selon une interprétation contextuelle de ses motifs, il semble clair, au contraire, qu'il a ordonné la suspension à la lumière de l'ensemble des circonstances de la poursuite engagée contre M. Reynolds. Comme il fallait s'y attendre, son analyse démontre que certaines circonstances ont influé sur sa décision plus que d'autres; la principale parmi celles-ci étant sa conclusion voulant qu'il n'y eût aucune possibilité raisonnable que le ministère public justifie les dispositions contestées de la *Loi*. L'avis de désaccord n'évoque pas la position du ministère public sur l'existence d'une entente d'« abstention » de l'exercice du droit issu de traités de faire le commerce de l'original. Le texte qui suit examinera à la fois les questions soulevées dans l'avis de désaccord et la position du ministère public selon laquelle le droit issu de traités de commercer a été modifié par une entente. Ces questions sont examinées dans l'ordre qui facilite l'analyse requise.

- (1) La tentative en vue de faire instruire de nouveau des questions qui ont déjà été tranchées en faveur des Autochtones, en particulier dans l'arrêt *Marshall*

[39] Dans le présent appel, M. Reynolds prétend que c'est à bon droit que le juge de la Cour provinciale a qualifié la position du ministère public de tentative en vue de faire instruire de nouveau ou de remettre en litige la question des droits issus du Traité de 1760, question que la Cour suprême avait déjà tranchée en faveur des Autochtones dans l'arrêt *Marshall*.

[40] M. Reynolds a initialement prétendu qu'il en était ainsi en réponse à la tentative du ministère public de nier l'applicabilité de son droit issu de traités de commercer relativement à l'échange de viande d'original conclu avec M. Knox. Cette description pourrait, à première vue, sembler discutable – après tout, pour les fins de la demande de suspension de l'instance de M. Reynolds, le ministère public a reconnu que la transaction conclue avec M. Knox relevait de l'exercice du droit issu de traités que

possède M. Reynolds de commercer – n'eût été la position du ministère public selon laquelle, par voie d'entente, il y avait eu renonciation au droit de faire le commerce de l'original ainsi que sa position subsidiaire selon laquelle le ministère a consulté les Premières Nations et la *Loi* constitue une réglementation justifiable du droit issu de traités de commercer. Essentiellement, pour les fins de la demande, le ministère public a reconnu que pour avoir gain de cause dans sa poursuite contre M. Reynolds, il doit pouvoir prouver l'existence d'une entente ou, si nécessaire, établir la justification, conformément aux arrêts *Sparrow* et *Badger*. Toutefois, cette position constitue un écart important par rapport à la position initiale du ministère public dans la poursuite engagée contre M. Reynolds; savoir que le droit issu du Traité de 1760 de faire le commerce est [TRADUCTION] « intrinsèquement limité » et ne comprend pas le droit de commercer avec des non-Autochtones s'il est légalement interdit à ces derniers de faire le commerce ou d'être en possession du produit de l'échange ou de l'activité commerciale. Compte tenu de cette assertion initiale, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi M. Reynolds a prétendu, du moins au début, que le ministère public remettait en litige (ou pour reprendre son expression, tentait de faire instruire de nouveau) les droits issus de traités de commercer que la Cour suprême a déjà reconnus dans l'arrêt *Marshall*. L'évolution de la position du ministère public est pertinente pour bien comprendre la conclusion du juge selon laquelle le ministère public essayait de faire instruire de nouveau les droits issus de traités reconnus dans l'arrêt *Marshall*. Elle est également pertinente pour poser le contexte de la demande de suspension de l'instance déposée par M. Reynolds. Chose importante, il se dégage du dossier que jusqu'à ce qu'il ait répondu à la demande de M. Reynolds, le ministère public n'a pas prétendu que, du fait d'une entente, les droits issus de traités de M. Reynolds ne réfutaient pas les accusations portées en vertu de la *Loi*. Rien n'indique que le ministère public aurait informé M. Reynolds que son droit issu de traités ne s'appliquait pas à l'original (en raison de la prétendue entente) lorsqu'il a revendiqué son droit issu de traités pour la première fois en réponse aux accusations, ou lors des conférences préparatoires tenues en janvier 2014, lorsque son procès a été ajourné. Je m'explique.

[41] Normalement, le fondement des prétentions du ministère public ou la thèse qu'il fait valoir ne sont pas évidents au moment où les accusations sont déposées. Dans les dénonciations, faites sous serment le 17 avril 2013, on prétend que M. Reynolds a illégalement offert le cadavre d'un animal de la faune en échange, infraction prévue à l'al. 51(1)a), et a illégalement été en possession de viande d'original, infraction prévue à l'art. 58 de la *Loi*. À la lecture des dénonciations, il semblerait que M. Reynolds était accusé directement et non à titre de complice des infractions commises par M. Knox.

[42] Lors de ses premières comparutions devant la Cour provinciale, M. Reynolds n'était pas accompagné d'un conseiller juridique. Lors de la comparution initiale de son avocate (le 8 octobre 2013), la Cour a été informée que la demi-journée déjà prévue pour le procès ne suffirait pas et les avocats des deux parties ont demandé une audience de trois jours. L'avocat du ministère public a expliqué que les parties arriveraient peut-être à s'entendre sur les faits et également que des témoins experts pourraient être appelés à témoigner concernant les droits issus de traités. Lors de cette comparution, ni le ministère public ni M. Reynolds n'ont expressément reconnu quelque fait que ce soit. Par contre, il n'y a jamais eu aucun différend en ce qui concerne les faits de l'échange conclu entre M. Reynolds et M. Knox ou l'existence des droits issus de traités de M. Reynolds. La question litigieuse était celle de savoir si le droit issu de traités que possède M. Reynolds de commercer apporterait une réponse au rôle qu'il a joué en offrant de la viande d'original à M. Knox, un non-Autochtone. Au risque de me répéter, je soulignerai une fois encore que nul n'a laissé entendre, à cette étape, que le ministère public revendiquerait plus tard l'existence d'une entente qui interdisait à M. Reynolds d'invoquer le droit de commercer relativement aux originaux. Un procès de trois jours a été inscrit au rôle; il devait commencer le 29 janvier 2014. Les avocats se sont engagés à déposer des mémoires préparatoires traitant des questions qui allaient se poser concernant les droits issus de traités de M. Reynolds.

[43] Les parties ont déposé des mémoires préparatoires au début de janvier 2014. Il semble, d'après le dossier, qu'elles en soient arrivées à la conclusion que le procès de trois jours ne commencerait pas le 29 janvier 2014; les parties en ont donc

informé la Cour et elles ont comparu devant le juge, par téléphone, le 16 janvier 2014, et devant la Cour, le 30 janvier 2014. La position du ministère public et les questions soulevées devant le juge lors de ces conférences préparatoires ont amené M. Reynolds à déposer, subséquemment, sa demande de suspension de l'instance.

[44] Les positions des parties ont été exposées dans leurs mémoires. M. Reynolds a reconnu avoir abattu un orignal et l'avoir donné en échange à un non-Autochtone; comme on pouvait s'y attendre, il a fait valoir que sa participation à cette transaction constituait un exercice légitime du droit issu de traités de commercer qui lui est garanti par la Constitution. Le ministère public a déclaré qu'il ne contestait pas le statut d'Autochtone de M. Reynolds non plus que le fait qu'il possédait, à titre de bénéficiaire du Traité de 1760, un droit général de faire le commerce qui a été reconnu par la Cour suprême dans l'arrêt *Marshall*. À ce moment-là, toutefois, le ministère public n'est pas allé jusqu'à reconnaître que l'échange conclu avec M. Knox relevait du droit de M. Reynolds de commercer, comme il l'a plus tard reconnu dans l'exposé conjoint des faits déposé relativement à la demande de M. Reynolds.

[45] Les prétentions du ministère public concernant le fondement de la responsabilité de M. Reynolds en vertu de la *Loi* étaient, étant donné le droit issu de traités de commercer qui lui était reconnu, difficiles à saisir. Dans son mémoire, le ministère public a ainsi formulé la question dont la Cour était saisie :

[TRADUCTION]

[I]l s'agit d'une question concernant les limites intrinsèques de la clause relative au commerce lorsque l'exercice du droit issu de traités fait intervenir une interdiction légale (*Loi sur le poisson et la faune*) qui a pour objet la réglementation d'une ressource provinciale (l'orignal) pour ce qui concerne les non-Autochtones. Cette question n'a pas encore été tranchée par les tribunaux.

La position du ministère public selon laquelle M. Reynolds ne pouvait pas invoquer les droits issus du Traité de 1760 reconnus dans l'arrêt *Marshall* afin de se soustraire à toute

responsabilité en vertu de la *Loi* semble avoir été fondée sur les deux assertions suivantes.

[46] En premier lieu, la prétention du ministère public voulant que le droit issu du Traité de 1760 de faire le commerce soit [TRADUCTION] « intrinsèquement » limité mettait en cause l'étendue et la nature du droit issu de traités de commercer qui est décrit dans l'arrêt *Marshall*. Le ministère public a soutenu que le droit de commercer permet aux Autochtones de commercer avec des non-Autochtones à la condition que ces derniers puissent, en toute légalité, acquérir (ou posséder) le produit de l'activité commerciale. Autrement dit, selon le ministère public, le droit issu de traités de faire le commerce que possède M. Reynolds ne lui permettait pas de faire un échange avec M. Knox puisqu'il était illégal que ce dernier acquière et ait en sa possession la viande d'orignal qui a fait l'objet de l'échange. Le ministère public a soutenu que le droit issu de traités de M. Reynolds de commercer avec des non-Autochtones devait être interprété en tenant compte de [TRADUCTION] « la signification » du serment d'allégeance à la Couronne britannique. Le ministère public a fait valoir que le serment d'allégeance constituait [TRADUCTION] « à tout le moins, un engagement à accepter le droit britannique à l'endroit des citoyens britanniques ». Il a fait valoir que cette question n'avait pas été examinée dans l'arrêt *Marshall* et a exprimé son intention de faire entendre des témoignages d'experts.

[47] En second lieu, le ministère public a prétendu que le fait de poursuivre M. Reynolds à titre de complice des infractions commises par M. Knox ne portait pas atteinte à son droit issu de traités de commercer. Il s'ensuivait, en outre, que le ministère public n'avait pas l'obligation de justifier l'application de la *Loi* à l'encontre de M. Reynolds ainsi que l'envisageaient les arrêts *Sparrow* et *Badger*. Cette prétention a notamment comme prémisse fondamentale la proposition du ministère public voulant que la *Loi* ait pour objet de réglementer l'accès des non-Autochtones aux ressources fauniques de la province. Il fait valoir que la poursuite intentée en vertu des dispositions de la *Loi* contre M. Reynolds, à titre de complice de l'infraction commise par M. Knox, ne constitue pas une tentative visant à réglementer [TRADUCTION] « directement » son

droit issu de traités et ne porte pas non plus [TRADUCTION] « directement » atteinte à l'exercice de ce droit. De plus, le ministère public a prétendu que si la poursuite engagée contre M. Reynolds porte [TRADUCTION] « indirectement » atteinte à ses droits issus de traités, ce qu'il nie, cette atteinte est [TRADUCTION] « accessoire » à la réglementation de la liberté des non-Autochtones de chasser l'orignal et d'en avoir en leur possession. Incidemment, mentionnons que lors de l'audition de la demande, le ministère public a soutenu que la Politique (ayant mis fin à la délivrance de permis de transfert spéciaux), qui a découlé des consultations tenues lors de la réunion du 24 septembre et d'une prétendue entente avec les Premières Nations, avait pour but de réduire le commerce de l'orignal que faisaient les Autochtones avec les non-Autochtones.

[48] La position subsidiaire du ministère public était que si la Cour concluait que l'application de la *Loi* à l'encontre de M. Reynolds (à titre de complice) portait atteinte à son droit issu de traités de commercer, la *Loi* était justifiable au sens des arrêts *Sparrow* et *Badger*. Le ministère public a également fait valoir, à juste titre, que c'était à M. Reynolds qu'il incombait d'établir l'existence d'une atteinte à première vue et, que si l'atteinte était établie, le ministère public aurait alors la charge de la justifier.

[49] M. Reynolds a vivement contesté les positions du ministère public. Il a soutenu que l'application de la *Loi* à son encontre, fût-ce à titre de complice, portait atteinte à son droit issu de traités de commercer et que le ministère public avait la charge de justifier la *Loi*, ainsi que le prescrivent les arrêts *Sparrow* et *Badger*. L'avocate de M. Reynolds a expliqué au juge de la Cour provinciale que son client et elle sollicitaient une décision préjudicielle sur cette question. Dans son mémoire, M. Reynolds définit ainsi la question à trancher :

[TRADUCTION]

- Le ministère public affirme que puisqu'il inculpe M. Reynolds à titre de partie à l'infraction commise par un non-Autochtone, M. Knox, le ministère public n'a pas à justifier les règlements pris en application de la *Loi sur le poisson et*

la faune qu'il cherche à appliquer indirectement à M. Reynolds, qui est Autochtone;

- La question fondamentale, dans la présente poursuite, consiste à savoir si le ministère public doit ou non justifier l'article 58 et l'alinéa 51(1)a) de la *Loi sur le poisson et la faune*, conformément au critère établi dans les arrêts *Badger* et *Sparrow*, pour les fins de la poursuite engagée contre M. Reynolds et dans l'affirmative, si le ministère public peut satisfaire à ce critère.

[50] L'avocate de M. Reynolds, il importe de le signaler, a également informé la Cour de l'existence d'une nouvelle question, récemment découverte et non évoquée dans son mémoire. Cette question allait plus tard inciter M. Reynolds à déposer sa demande. Son avocate venait d'apprendre l'existence de la Politique et d'apprendre que, depuis 2003, le Ministre n'avait pas délivré de permis de transfert en vertu du par. 91(2) afin d'autoriser un non-Autochtone à acquérir et à avoir en sa possession un orignal abattu par un Autochtone. Jusqu'à ce qu'il apprenne l'existence de la Politique, M. Reynolds avait cru comprendre que si M. Knox avait été accusé (et avait plaidé coupable) c'était parce qu'il ne s'était tout simplement pas donné la peine d'obtenir un permis de transfert. Son avocate a fait valoir qu'en refusant de délivrer des permis de transfert dans ces circonstances, la Couronne s'était en fait trouvée à nier aux Autochtones leur droit issu de traités et reconnu par la Constitution de faire le commerce de l'orignal. Finalement, l'avocate de M. Reynolds a informé la Cour qu'ils attendaient que leur soient communiqués les dossiers du ministère du Développement de l'énergie et des ressources concernant la mise en œuvre de la Politique et que M. Reynolds déposerait peut-être une demande de suspension des accusations pour cause d'abus de procédure.

[51] L'avocat du ministère public a dit qu'ils venaient tout juste de recevoir les dossiers du ministère du Développement de l'énergie et des ressources relatifs à la Politique et qu'ils en fourniraient une copie à l'avocate de M. Reynolds. Les documents ainsi communiqués ont plus tard été inclus dans le cahier des pièces. Ils étaient composés de la Politique et des procès-verbaux de la réunion du 24 septembre. Comme nous l'avons vu, le ministère public a également informé le juge de la Cour provinciale que

dans le cadre de la poursuite contre M. Reynolds, des experts seraient cités à témoigner relativement aux droits issus de traités. M. Patterson, Ph. D., qui est historien et qui avait témoigné dans les affaires *Marshall* et *Bernard*, était présent dans la salle d'audience. Le juge a ordonné que des sommaires de témoignage soient déposés relativement aux experts qui allaient vraisemblablement être appelés au procès et qui ne rédigeraient pas de rapport.

[52] Il n'y avait rien dans le dossier qui donnât à penser que le ministère public allait subséquemment invoquer, comme argument principal, l'existence d'une entente conclue lors de la réunion du 24 septembre et le fait qu'il s'ensuivait que le droit issu de traités que possédait M. Reynolds de commercer ne saurait réfuter les accusations portées en vertu de la *Loi*.

[53] En mars 2014, M. Reynolds a déposé son avis de demande – question constitutionnelle. L'audience a été tenue le 2 septembre 2014. M. Reynolds et le ministère public ont déposé des mémoires préparatoires supplémentaires dans lesquels ils répondaient expressément aux questions soulevées dans la demande.

[54] Au début de l'audience, on a remis au juge du procès la partie de l'exposé conjoint des faits qui faisait état de la reconnaissance par le ministère public du fait que la transaction conclue avec M. Knox relevait du droit issu de traités que possédait M. Reynolds de commercer, sous réserve de la [TRADUCTION] « position [du ministère public] à l'égard de la consultation [...] et de l'entente conclue » :

[TRADUCTION]

Sous réserve de sa position à l'égard de la consultation des Premières Nations de la province et de l'entente conclue avec elles, le ministère public reconnaît que la transaction décrite en l'espèce correspond à la description des [TRADUCTION] « biens nécessaires pour s'assurer une subsistance convenable » que donne la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Marshall*.

[55] Le ministère public a déclaré (dans son mémoire préparatoire) que la principale question à trancher dans la poursuite contre M. Reynolds est l'existence d'une entente d'abstention de l'exercice du droit issu de traités de faire le commerce de l'original. Il dit ceci :

[TRADUCTION]

25. Selon le ministère public, une seule question principale est soulevée dans la présente poursuite, soit celle de savoir si les différentes collectivités des Premières Nations (y compris celle de Woodstock) ont accepté de s'abstenir d'exercer leur droit de faire le commerce d'originaux. Cette question, dans la mesure où elle se rapporte aux éléments de preuve que le ministère public se propose de produire, n'a pas encore été soumise aux tribunaux.

[56] Le mémoire ne mentionne rien d'autre relativement à la position du ministère public concernant la prétendue entente. Dans ses observations orales, le ministère public a affirmé que la demande de suspension de l'instance de M. Reynolds était prématurée et fait valoir qu'il faudrait que la Cour entende des preuves additionnelles, pratiquement la [TRADUCTION] « totalité » de la preuve du ministère public, avant de pouvoir examiner la question de savoir s'il y avait lieu d'accorder la suspension. Lorsque le juge de la Cour provinciale a exprimé un doute quant au fait que la preuve au dossier établirait l'existence d'une entente, ou les conditions de cette entente, le ministère public a répondu en disant ceci : [TRADUCTION] « [S]i vous n'entendez pas l'ensemble de la preuve versée au dossier et certaines des personnes qui étaient présentes à la réunion et qui ont négocié l'entente ou traité de la question, vous – vous devriez différer de vous prononcer judiciairement sur cette question ».

[57] Bien que le ministère public n'ait pas soulevé la question de la justification dans son mémoire, vers la fin de ses observations orales, l'avocat du ministère public a dit que si, au bout du compte, il n'arrivait pas à établir l'existence d'une entente, il aurait néanmoins droit à ce qu'on lui donne l'occasion de traiter de la question de la justification.

[58] Pour les fins de la demande, ces deux assertions reflètent la position du ministère public dans la poursuite contre M. Reynolds. Essentiellement, le ministère public a reconnu que pour avoir gain de cause dans sa poursuite, il devait réussir à établir que M. Reynolds ne pouvait s'appuyer sur le droit issu de traités de faire le commerce de l'original en raison de la prétendue entente, ou subsidiairement, du fait qu'une éventuelle atteinte était justifiable. Le ministère public a selon toute apparence renoncé, du moins pour les fins de la demande, à invoquer sa position initiale concernant la responsabilité de M. Reynolds en vertu de la *Loi*, savoir que le droit issu de traités est [TRADUCTION] « intrinsèquement limité ». Cela dit, dans les observations qu'il a présentées au juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, le ministère public a soulevé ces prétendues limites au droit issu de traités. De plus, malgré sa position actuelle relativement à la justification, le ministère public a persisté à poursuivre M. Reynolds à titre de complice.

[59] Le ministère public était en droit de modifier sa position et d'invoquer l'existence de la prétendue entente. Toutefois, il ne fait aucun doute que M. Reynolds a trouvé difficile de déterminer quelle était la preuve retenue contre lui et d'y répondre. D'ailleurs, les mémoires préparatoires concernant la demande évoquaient la préclusion pour même question en litige relativement au fait que le ministère public mettait en cause les droits issus du Traité de 1760 que la Cour suprême a reconnus dans l'arrêt *Marshall*. En fait, malgré que l'on reconnaissait dans l'exposé conjoint des faits que l'échange conclu avec M. Knox relevait du droit issu de traités (sous réserve de l'existence d'une entente et de la justification), une argumentation orale a été présentée sur la préclusion pour même question en litige lors de l'audition de la demande et le juge a examiné cette question dans ses motifs.

(2) L'entente d'abstention de l'exercice du droit issu de traités de commercer ou de modification de ce droit

[60] Dans le présent appel, M. Reynolds conteste la décision du juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires selon laquelle le juge de la Cour provinciale

a commis une erreur en ne concluant pas que la prétention du ministère public selon laquelle il existait une entente donnait lieu à un différend factuel qui entraînait nécessairement le rejet de sa demande (n'eût été sa décision de rejeter l'appel du ministère public pour d'autres motifs). Il nie que les chefs aient conclu une entente, ainsi que le prétend le ministère public, et affirme que même s'ils avaient conclu une entente, celle-ci ne pourrait pas modifier les droits issus du Traité de 1760 puisque les chefs n'ont pas le pouvoir de modifier un traité.

[61] Pour étayer l'existence d'une entente, le ministère public a invoqué des commentaires rapportés dans les procès-verbaux de la réunion du 24 septembre qui étaient favorables à la proposition de la Couronne de mettre temporairement fin au commerce de l'original avec des non-Autochtones. Le ministère public a également invoqué une lettre, datée de février 2004, que le Ministre a écrite à un chef d'une Première Nation comme preuve du fait qu'une entente avait été conclue ou, du moins, que le ministère public croyait de bonne foi qu'une entente avait été conclue. Dans cette lettre, le Ministre mentionne une [TRADUCTION] « entente » conclue en septembre 2003. Toutefois, la principale prétention du ministère public à l'audience devant le juge de la Cour provinciale était qu'il produirait des éléments de preuve afin d'établir l'existence d'une entente lors d'un procès et que la demande devait donc être rejetée afin qu'il puisse produire ces éléments de preuve.

[62] Se reportant au dossier dont le juge était saisi, M. Reynolds a maintenu que ni l'un ni l'autre des procès-verbaux de la réunion du 24 septembre n'étayait la prétention du ministère public voulant qu'une entente ait été conclue lors de cette réunion; au contraire, a-t-il fait valoir, les procès-verbaux témoignent d'une absence d'entente manifeste. Les deux procès-verbaux, l'un préparé par le ministère des Ressources naturelles et l'autre, par les Premières Nations, étaient en la possession du ministère et faisaient partie des documents communiqués. M. Reynolds prétend également que la Politique, mise en vigueur le 25 septembre 2003, soit le lendemain de la réunion, ainsi que les autres documents du ministère montrent que le Ministre a unilatéralement pris la décision de la mettre en œuvre, qu'il n'y a pas eu d'entente. La

Politique, qui est énoncée dans une note de service que le sous-ministre a fait parvenir à différents fonctionnaires du gouvernement, est ainsi rédigée :

Effective immediately, the Department of Natural Resources will not be issuing Special Transfer Permits for moose meat harvested by aboriginal hunters. Permits for the transfer of meat may only be issued to persons who have a valid New Brunswick moose hunting license and registration. **Non-aboriginal persons found in possession of moose meat without a valid registration or transfer permit will face prosecution** in accordance with the New Brunswick *Fish and Wildlife Act*. [Emphasis added.]

Dorénavant, le ministère des Ressources naturelles ne délivrera pas de permis de transfert spéciaux pour la viande des orignaux abattus par des chasseurs autochtones. Les permis autorisant le transfert de viande ne peuvent être délivrés qu'aux personnes qui possèdent un permis valide de chasse à l'orignal ainsi qu'un certificat d'enregistrement. **Les personnes non autochtones que l'on trouvera en possession de viande d'orignal sans posséder un certificat d'enregistrement valide et un permis de transfert valide, feront l'objet de poursuites judiciaires** conformément à la *Loi sur la pêche sportive et la chasse* du Nouveau-Brunswick. [Les caractères gras sont de moi.]

Please inform all staff of this new policy.

Veillez informer tous les membres du personnel de cette nouvelle politique.

Rien n'indique que la Politique a été publiée ou par ailleurs largement diffusée.

[63] Dans une lettre datée du 25 septembre, soit le lendemain de la réunion, qu'il a envoyée à un des chefs, le Ministre dit qu'il en est arrivé à la conclusion [TRADUCTION] « qu'à titre provisoire, la mesure la plus indiquée qu'il y a lieu de prendre à ce moment-ci consiste à annuler la politique actuelle qui autorise le transfert de viande d'orignal d'un Autochtone à un non-Autochtone ». Il est difficile de considérer la Politique comme ayant pour but de faire quoi que ce soit d'autre que de mettre fin au commerce de l'orignal que font les Autochtones avec les non-Autochtones. La lettre est ainsi rédigée :

[TRADUCTION]

Objet : Permis de transfert pour la viande d'orignal

Compte tenu des discussions que j'ai eues avec vous, y compris notre rencontre du 24 septembre 2003, j'en suis arrivé à la conclusion qu'à titre provisoire, la mesure la plus indiquée qu'il y a lieu de prendre à ce moment-ci consiste à annuler la politique actuelle qui autorise le transfert de viande d'orignal d'un Autochtone à un non-Autochtone. L'annulation entre en vigueur aujourd'hui.

Le dialogue qui a eu lieu au cours des dernières semaines a été très fructueux et j'ai confiance dans le fait qu'en poursuivant nos efforts, nous pourrions peut-être en arriver à une entente de cogestion à long terme sur l'orignal. Notre volonté d'établir un groupe de travail pour examiner cette question marque une excellente étape.

Comme l'ont mentionné un certain nombre d'intervenants hier, il existe certains autres problèmes de gestion des ressources au titre desquels un dialogue constructif est également important et nécessaire si l'on veut que des progrès soient accomplis.

J'envisage avec plaisir de vous rencontrer de nouveau.

[64] Au cours des mois qui ont précédé la réunion, le ministère était préoccupé par le commerce de l'orignal et il cherchait une occasion de se réunir avec les chefs afin de déterminer s'il serait possible de négocier une entente sur la réglementation du droit issu de traités relativement à l'orignal. Lors de la rencontre avec les chefs, on a examiné davantage que le commerce de l'orignal; on a aussi examiné la récolte du bois. Il semblerait que la Politique ait constitué, ainsi que l'a dit le Ministre dans sa lettre du 25 septembre, une étape [TRADUCTION] « provisoire », du processus devant mener à la réglementation du droit issu de traités, étape qui s'est poursuivie pendant presque 14 ans. De plus, malgré l'amorce d'un processus ayant pour but d'en arriver à la réglementation du droit issu de traités, il y a eu mise en œuvre de la Politique, laquelle, à première vue, ne vise que la possession de viande d'orignal par des non-Autochtones. Bien que la Politique dise expressément que les personnes non autochtones seront accusées, il n'y est

nullement question de poursuites contre des personnes autochtones pour leur participation au commerce ou à la possession d'original par un non-Autochtone.

[65] Le dossier ne fournit aucun motif de mettre en doute l'observation du juge de la Cour provinciale selon laquelle il éprouvait de [TRADUCTION] « réelles difficultés » à souscrire à la prétention du ministère public voulant que le dossier prouvât l'existence d'une entente ou les conditions d'une entente. Bien qu'il n'ait pas examiné cette question dans ses motifs, il semble clair qu'il a, au mieux, estimé que la position du ministère public dans le cadre de la demande était qu'il produirait, au procès, des preuves établissant qu'une entente avait été conclue. À mon avis, la prétention du ministère public voulant qu'il y ait eu accord des volontés est incompatible avec le dossier déposé devant le juge. Pour pouvoir établir qu'une entente avait été conclue, ou qu'il y avait eu accord des volontés, il aurait fallu que le ministère public produise une preuve qui réfute les documents versés au dossier qui montrent l'absence d'une entente concernant le rôle des Autochtones dans le commerce de l'original. Même si l'on excepte le dossier, la position du ministère public ne fait pas état, ne serait-ce que généralement, des conditions d'une entente. Comme nous l'avons souligné, dans le mémoire qu'il a présenté à la Cour provinciale, le ministère public a prétendu que les chefs avaient accepté de [TRADUCTION] « s'abstenir » d'exercer leur droit de faire le commerce de l'original. On a prétendu que les chefs avaient accepté que le Ministre mette fin au système des permis de transfert spéciaux qui permettait aux non-Autochtones de se procurer de la viande d'original auprès des Autochtones. On y faisait également valoir, comme le disait la Politique, que les non-Autochtones seraient inculpés sous le régime de la *Loi* s'ils commerçaient avec des Autochtones pour obtenir de la viande d'original. La Politique est qualifiée de [TRADUCTION] « provisoire », mais rien ne prouve ni n'indique que la Politique ou la prétendue entente auraient une durée quelconque. En somme, on formule tout simplement une allégation générale voulant qu'une entente existe, allégation qui est contredite par le dossier.

[66] En outre, et comme nous l'avons mentionné ci-dessus, M. Reynolds a soutenu que même si les chefs avaient conclu une entente, ils n'avaient pas le pouvoir

d'obliger les Premières Nations à une modification du Traité de 1760, ce pouvoir n'étant dévolu qu'aux bandes. Il fait valoir que le ministère était tout à fait conscient des limites des pouvoirs des chefs et a invoqué, à cet égard, les documents du ministère où l'on reconnaît que le mieux que l'on puisse accomplir lors d'une réunion avec les chefs était une négociation, tout arrangement devant être ultérieurement ratifié par leurs bandes respectives. L'avocate de M. Reynolds a fait cette observation devant le juge de la Cour provinciale et a prétendu que les chefs ne pouvaient pas davantage obliger les bandes qu'un maire pouvait indépendamment obliger une municipalité. Plus tard, dans le cadre de l'appel du ministère public devant la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, M. Reynolds a étayé cette prétention en renvoyant également la Cour au par. 2(3) de la *Loi sur les Indiens*. Il est libellé ainsi :

2. Exercise of powers conferred on band or council

(3) Unless the context otherwise requires or this Act otherwise provides,

(a) a power conferred on a band shall be deemed not to be exercised unless it is exercised pursuant to the consent of a majority of the electors of the band; and

(b) a power conferred on the council of a band shall be deemed not to be exercised unless it is exercised pursuant to the consent of a majority of the councillors of the band present at a meeting of the council duly convened.

2. Exercice des pouvoirs conférés à une bande ou un conseil

(3) Sauf indication contraire du contexte ou disposition expresse de la présente loi :

a) un pouvoir conféré à une bande est censé ne pas être exercé, à moins de l'être en vertu du consentement donné par une majorité des électeurs de la bande;

b) un pouvoir conféré au conseil d'une bande est censé ne pas être exercé à moins de l'être en vertu du consentement donné par une majorité des conseillers de la bande présents à une réunion du conseil dûment convoquée.

[67]

Lors de la comparution devant le juge de la Cour d'appel en matière de poursuites sommaires, les parties ont déposé des mémoires concernant le pouvoir de modifier un traité. Le ministère public a nié l'applicabilité du par. 2(3) mais n'a pas motivé cette prétention si ce n'est pour dire que M. Reynolds n'avait pas invoqué la disposition en question dans les observations qu'il avait faites devant la Cour provinciale. Le juge semble avoir souscrit à cet argument puisqu'il a refusé de se prononcer sur la

question et a conclu que M. Reynolds n'avait pas invoqué le par. 2(3) devant le juge de la Cour provinciale.

[68] Nul ne conteste le fait qu'un traité peut être modifié ou que des droits issus de traités peuvent être suspendus. M. Reynolds le reconnaît d'emblée. Ce que l'on conteste, c'est la prétention du ministère public selon laquelle le traité pouvait être modifié par les chefs seuls dans les circonstances de la réunion du 24 septembre. Le ministère public a invoqué la décision *R. c. Seward*, [2001] B.C.J. No. 1726 (QL), comme exemple de la suspension de droits issus de traités par voie d'entente. Dans cette affaire, toutefois, on avait conclu avec la bande une entente écrite qui suspendait effectivement des droits de pêche collectifs issus d'un traité. Fait intéressant, l'entente prévoyait expressément qu'elle n'était pas un traité ou un accord au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle*. Le ministère public ne mentionne aucune source à l'appui de la proposition selon laquelle les chefs pouvaient modifier des droits issus de traités et obliger leurs bandes. Les autres sources jurisprudentielles citées par le ministère public n'ont été d'aucune utilité pour ce qui concerne cette question (voir les arrêts *R. c. Sioui*, [1990] 1 R.C.S. 1025, [1990] A.C.S. n° 48 (QL), aux par. 42 à 45; et *R. c. Shipman*, 2007 ONCA 338, [2007] O.J. No. 1716 (QL), au par. 43).

[69] Pour les fins de la demande de M. Reynolds, il n'est pas nécessaire de décider si les chefs avaient le pouvoir, en droit, de modifier ou de suspendre des droits issus du Traité de 1760. Il suffit de dire qu'il est très difficile d'imaginer, en l'absence d'un écrit, des circonstances dans lesquelles on pourrait conclure qu'un traité protégé par la Constitution a été modifié, ou que les droits issus de ce traité ont été compromis, si l'on ne dispose pas, à tout le moins, d'une preuve établissant très clairement l'existence d'une entente ainsi que les modalités de cette entente. Bien que bon nombre de ces traités, y compris le Traité de 1760, n'aient pas été entièrement consignés par écrit, ce qui est ou qui était suffisant pour conclure à l'existence d'une intention de passer un marché à l'époque ne sera pas aussi facilement accepté afin d'établir l'existence d'une entente aujourd'hui, tout particulièrement une entente concernant un traité qui est maintenant reconnu par la Constitution. En l'espèce, non seulement il y a absence d'entente écrite,

mais il y a absence de preuve étayant l'existence d'une entente de principe ou précisant les conditions d'une entente. Au final, tout ce que l'on puisse conclure, c'est que dans la poursuite qu'il a engagée contre M. Reynolds, le ministère public, pour faire écarter le droit issu de traités de M. Reynolds de commercer avec M. Knox, droit dont il a reconnu l'existence (sauf justification), invoque une entente qu'il n'a aucune possibilité raisonnable d'établir au procès.

(3) La justification

[70] M. Reynolds prétend que c'est à bon droit que le juge de la Cour provinciale a conclu, d'après le dossier déposé devant lui, que le ministère public n'était pas en mesure d'établir la justification, ainsi que le prescrivent les arrêts *Sparrow* et *Badger*.

[71] Le juge a souscrit à la prétention de M. Reynolds selon laquelle l'application de la *Loi*, conformément à la Politique, constituait à toutes fins utiles une négation du droit issu de traités de faire le commerce de l'orignal avec des non-Autochtones. Autrement dit, parce qu'elles interdisaient aux non-Autochtones de faire le commerce de l'orignal, les dispositions contestées de la *Loi* constituaient une atteinte à première vue au droit issu de traités de commercer. Il a également conclu qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que l'on puisse justifier l'atteinte au moyen des éléments de preuve admis devant la Cour. Il était clair qu'au moment où la Politique a été mise en œuvre, la chasse à l'orignal par des non-Autochtones (et la pratique consistant à délivrer des permis de transfert pour les originaux abattus lors de cette chasse) s'est poursuivie sans aucune modification, malgré les préoccupations en matière de conservation qui, aux dires du ministère public, justifient l'atteinte que porte la *Loi* au droit issu de traités de commercer. Le juge a souligné qu'en droit, la justification exige que la réglementation des droits issus de traités soit nécessaire pour atteindre l'objectif visé par la réglementation et, également, que les droits issus de traités se voient accorder la priorité. C'est pour ces motifs qu'il a conclu qu'il n'y avait aucune possibilité raisonnable que le ministère public satisfasse au critère de justification.

[72] Le cadre analytique qui permet de déterminer si la réglementation adoptée par la Couronne est justifiable a été énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. La première question à poser est celle de savoir si l'interdiction en question a pour effet de porter atteinte à un droit existant. Dans l'affirmative, elle constitue une violation à première vue du par. 35(1). Si une violation à première vue est établie, il incombe ensuite à la Couronne de justifier cette violation. Ce principe a été ainsi décrit par le juge en chef Dickson et le juge La Forest :

Il semble se dégager du par. 35(1) que, si la réglementation des droits ancestraux n'est pas exclue, une telle réglementation doit être adoptée conformément à un objectif régulier. Notre histoire démontre, trop bien malheureusement, que les peuples autochtones du Canada ont raison de s'inquiéter au sujet d'objectifs gouvernementaux qui, bien que neutres en apparence, menacent en réalité l'existence de certains de leurs droits et intérêts. En accordant aux droits ancestraux le statut et la priorité propres aux droits constitutionnels, le Parlement et les provinces ont sanctionné les contestations d'objectifs de principe socio-économiques énoncés dans des textes législatifs, dans la mesure où ceux-ci portent atteinte à des droits ancestraux. Ce régime constitutionnel comporte implicitement une obligation de la part du législateur de satisfaire au critère de la justification. La façon de réaliser un objectif législatif doit préserver l'honneur de Sa Majesté et doit être conforme aux rapports contemporains uniques, fondés sur l'histoire et les politiques, qui existent entre la Couronne et les peuples autochtones du Canada. La mesure dans laquelle une loi ou un règlement a un effet sur un droit ancestral existant doit être examinée soigneusement de manière à assurer la reconnaissance et la confirmation de ce droit.

La reconnaissance constitutionnelle exprimée dans la disposition en cause permet donc, dans une certaine mesure, de contrôler la conduite du gouvernement et de limiter fortement le pouvoir du législateur. Bien qu'elle ne constitue pas une promesse d'immunité contre la réglementation gouvernementale dans une société qui, au XX^e siècle, devient de plus en plus complexe et interdépendante et où il est nécessaire de protéger et de

gérer les ressources épuisables, cette reconnaissance représente un engagement important de la part de la Couronne. Le gouvernement se voit imposer l'obligation de justifier toute mesure législative qui a un effet préjudiciable sur un droit ancestral protégé par le par. 35(1).

Dans les présents motifs, nous entendons exposer l'analyse appropriée aux fins du par. 35(1) dans le contexte d'un règlement pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries*. Nous tenons à souligner relativement au par. 35(1) l'importance du contexte et d'un examen cas par cas. Étant donné la généralité du texte de la disposition constitutionnelle en cause et compte tenu surtout des complexités que présentent l'histoire, la société et les droits des autochtones, les limites d'une norme justificative doivent être fixées dans le contexte factuel particulier de chaque cas.

[...]

Pour déterminer si les droits de pêche ont subi une atteinte constituant une violation à première vue du par. 35(1), on doit poser certaines questions. Premièrement, la restriction est-elle déraisonnable? Deuxièmement, le règlement est-il indûment rigoureux? Troisièmement, le règlement refuse-t-il aux titulaires du droit le recours à leur moyen préféré de l'exercer? C'est au particulier ou au groupe qui conteste la mesure législative qu'il incombe de prouver qu'il y a eu violation à première vue. En ce qui concerne les faits du présent pourvoi, le règlement serait jugé constituer une atteinte à première vue si on concluait qu'il impose une restriction néfaste à l'exercice par les Musqueams de leur droit de pêcher à des fins de subsistance. Nous tenons à souligner ici que la question en litige n'exige pas simplement qu'on examine si la prise autorisée de poissons a été réduite au-dessous de ce qui est requis pour subvenir aux besoins alimentaires et rituels raisonnables des Musqueams. Le critère nécessite plutôt qu'on se demande si, de par son objet ou son effet, la restriction imposée quant à la longueur des filets porte atteinte inutilement aux intérêts protégés par le droit de pêche. Si, par exemple, les Musqueams se voyaient astreints à des pertes injustifiables de temps et d'argent par poisson pris ou si la restriction quant à la longueur des filets faisait en sorte qu'il serait difficile aux Musqueams de prendre du poisson, cela suffirait pour satisfaire aux

exigences du premier volet de l'analyse fondée sur le par. 35(1). [par. 64 à 66 et 70]

[C'est moi qui souligne.]

[73] J'estime que la Politique et les dispositions de la *Loi* qui sont contestées forment un système de réglementation qui entraîne une atteinte à première vue au droit issu de traités de M. Reynolds de commercer. Bien que le ministère public prétende que le commerce de l'original n'est qu'une petite partie ou une partie insignifiante du droit de commercer, la *Loi* se trouve effectivement à nier l'exercice du droit issu de traités de commercer pour ce qui concerne l'original. Pour les fins de cette partie de l'analyse, l'application de la *Loi* constitue une atteinte néfaste et déraisonnable au droit issu de traités. C'est à bon droit que le juge a conclu qu'il y avait atteinte à première vue au droit de commercer.

[74] Pour expliquer l'obligation de justification dont est tenu le ministère public une fois que l'on a conclu à l'existence d'une atteinte à première vue, le juge en chef Dickson et le juge La Forest ont dit ce qui suit :

Si on conclut à l'existence d'une atteinte à première vue, l'analyse porte ensuite sur la question de la justification. C'est là le critère qui touche la question de savoir ce qui constitue une réglementation légitime d'un droit ancestral garanti par la Constitution. L'analyse de la justification se déroulerait comme suit. En premier lieu, il faut se demander s'il existe un objectif législatif régulier. À ce stade, la cour se demanderait si l'objectif visé par le Parlement en autorisant le ministère à adopter des règlements en matière de pêche est régulier. Serait également examiné l'objectif poursuivi par le ministère en adoptant le règlement en cause. L'objectif de préserver, par la conservation et la gestion d'une ressource naturelle par exemple, des droits visés au par. 35(1) serait régulier. Seraient également réguliers des objectifs visant apparemment à empêcher l'exercice de droits visés au par. 35(1) lorsque cet exercice nuirait à l'ensemble de la population ou aux peuples autochtones eux-mêmes, ou d'autres objectifs jugés impérieux et réels.

[...]

Bien que la « présomption » de validité soit maintenant désuète étant donné le statut constitutionnel des droits ancestraux en cause, il est évident que l'importance des objectifs de conservation est reconnue depuis longtemps en matière de législation et d'action gouvernementales. De plus, la conservation et la gestion de nos ressources sont compatibles avec les croyances et les pratiques des autochtones et, en fait, avec la mise en valeur des droits de ces derniers.

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable.

Le problème qui se pose en évaluant la mesure législative en fonction de son objectif et de la responsabilité de la Couronne, est que les efforts de conservation dans une industrie de la pêche moderne fortement exploitée se heurtent inévitablement à la répartition et à la gestion efficaces d'une ressource à la fois peu abondante et très prisée. La nature de la protection constitutionnelle qu'offre le par. 35(1) dans ce contexte commande l'existence d'un lien entre la question de la justification et l'établissement de priorités dans le domaine de la pêche. La reconnaissance et la confirmation des droits ancestraux, prévues dans la Constitution, peuvent donner lieu à des conflits avec les intérêts d'autrui étant donné la nature limitée de la ressource. De toute évidence, on a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition des ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries. Pour de telles lignes directrices, nous renvoyons aux motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'affaire *Jack c. La Reine*, précité.

[par. 71 et 74 à 76]

[C'est moi qui souligne.]

[75] Il n'est pas difficile de reconnaître que la conservation est un objectif régulier. D'ailleurs, en l'espèce, tous ont reconnu l'importance de la conservation relativement à la population d'originaux, y compris les chefs qui se sont réunis avec le Ministre lors de la rencontre du 24 septembre. Toutefois, comme l'a souligné la Cour suprême, il existe un lien évident entre l'obligation du ministère public de justifier l'atteinte et la nécessité de gérer la répartition des ressources à des fins de conservation. En fait, la Cour suprême a reconnu que « [d]e toute évidence, on a besoin de lignes directrices qui permettront de résoudre les problèmes de répartition des ressources qui surgissent dans le domaine des pêcheries ». Ces principes sont applicables, en l'espèce, pour ce qui concerne la population limitée d'originaux de la province. La Cour a ensuite dit ce qui suit :

La nature constitutionnelle du droit des Musqueams de pêcher à des fins de subsistance fait en sorte que, dans l'établissement des priorités suite à la mise en œuvre de mesures de conservation valides, il faut accorder la priorité absolue à la pêche par les Indiens à des fins de subsistance. Si l'objectif visé se rapportait à la conservation des ressources, le plan de conservation serait examiné en vue de déterminer les priorités. Bien que la répartition détaillée de ressources maritimes soit une tâche devant être confiée aux experts dans le domaine, on doit satisfaire d'abord aux besoins alimentaires des Indiens en procédant à cette répartition. L'importance d'accorder la priorité absolue au droit ancestral de pêcher pour se nourrir peut s'expliquer ainsi. Si, au cours d'une année donnée, il s'avérait nécessaire pour les besoins de la conservation de réduire le nombre de prises de poisson et que ce nombre soit égal à celui requis par les Indiens pour leur alimentation, alors il résulterait de la nature constitutionnelle de leur droit de pêche que c'est aux Indiens que reviendrait la totalité des poissons pouvant être pris suite aux mesures de conservation. Si, d'une manière plus réaliste, il restait encore du poisson après que les besoins alimentaires des Indiens eurent été satisfaits, ce seraient alors les pêcheurs sportifs et les pêcheurs commerciaux qui feraient les frais de ces mesures de conservation.

Dans l'arrêt *R. v. Denny* (1990), 55 C.C.C. (3d) 322, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse se penche sur la constitutionnalité du droit des Indiens Micmacs de la

Nouvelle-Écosse de pêcher dans les eaux du ruisseau Indian et de la rivière Afton et elle le fait d'une manière conforme à notre compréhension de la nature constitutionnelle des droits ancestraux et du lien entre la répartition et la justification qui est requis pour que le gouvernement puisse réglementer l'exercice de ces droits. Le juge en chef Clarke a décidé, au nom d'une cour unanime, que les *Fishery Regulations* de la Nouvelle-Écosse pris en vertu de la *Loi sur les pêcheries* fédérale étaient incompatibles en partie avec les droits constitutionnels des Micmacs appelants. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* conférait aux appelants le droit d'obtenir la priorité absolue sur tout surplus de poisson pouvant exister après la prise en considération des besoins en matière de conservation. Quant à la question de la priorité du droit des Indiens de pêcher pour se nourrir, le juge en chef Clarke fait remarquer que le gouvernement fédéral reconnaît officiellement cette priorité. Il ajoute, à la p. 339 :

[TRADUCTION] Je conclus sans hésitation que l'existence du droit des Indiens, sous réserve des exigences de la conservation, de pêcher à des fins de subsistance dans les eaux du ruisseau Indian, adjacentes à la réserve Eskasoni, et dans les eaux de la rivière Afton, doit être reconnue aussi bien dans les faits que sur les plans de la législation et des politiques...

Il ne convient simplement pas que le gouvernement fédéral accorde à des groupes d'utilisateurs tels que les pêcheurs sportifs (les pêcheurs à la ligne) une priorité en matière de pêche qui l'emporte sur les besoins alimentaires légitimes des appelants et de leurs familles. Cela est inconciliable avec le fait que les appelants jouissent depuis bien des années d'un droit ancestral de pêcher à des fins de subsistance. Les appelants, pour reprendre la formule de leur avocat, ont « droit à une part de la ressource disponible ». Ce droit constitutionnel ne cède le pas qu'aux mesures de conservation pouvant être prévues dans des lois fédérales.

Le juge en chef Clarke a conclu en outre que le par. 35(1) énonçait la reconnaissance constitutionnelle de la priorité des autochtones en matière de pêche et que le règlement, du

fait qu'il ne garantissait pas cette priorité, violait cette disposition constitutionnelle. Il dit, aux pp. 340 et 341 :

[TRADUCTION] Quoiqu'il importe au plus haut degré de comprendre que les droits conférés aux appelants par le par. 35(1) ne sont pas absolus, le règlement contesté pêche par l'omission de reconnaître que ce paragraphe accorde aux appelants la priorité dans la répartition de tout surplus de poisson ainsi que l'accès en priorité à ce surplus après qu'ont été pris en considération les besoins en matière de conservation. Appliqué aux présents appels, le paragraphe 35(1) accorde aux appelants le droit de pêcher dans les eaux en cause pour répondre à leurs besoins alimentaires lorsqu'il existe un surplus. Dans la mesure où le règlement ne reconnaît pas cela, il est incompatible avec la Constitution. L'article 52 requiert qu'un tel règlement soit déclaré inopérant. [par. 78 et 79]
[C'est moi qui souligne.]

[76] Bien que ces arrêts fassent état de l'importance des principes relatifs à la priorité et à la répartition dans le contexte du droit des Autochtones de pêcher à des fins de subsistance, ces principes sont également applicables en l'espèce. En ce qui concerne la priorité des droits protégés par l'art. 35(1) et le fait qu'il faille porter atteinte le moins possible à ces droits pour réaliser l'objectif primordial, la Cour suprême a dit ceci :

Nous reconnaissons que la norme de justification à respecter est susceptible d'imposer un lourd fardeau à Sa Majesté. Toutefois, la politique gouvernementale relativement à la pêche en Colombie-Britannique commande déjà, et ce, indépendamment du par. 35(1), que, dans l'attribution du droit de prendre du poisson, le droit des Indiens de pêcher à des fins d'alimentation ait la priorité sur les intérêts d'autres groupes d'utilisateurs. Le droit constitutionnel énoncé au par. 35(1) exige que Sa Majesté assure que Ses règlements respectent cette attribution de priorité. Cette exigence ne vise pas à miner la capacité et la responsabilité du Parlement de créer et d'administrer des plans globaux de conservation et de gestion concernant la pêche au saumon. L'objectif est plutôt de garantir que ces plans réservent aux peuples autochtones un traitement qui assure que leurs droits sont pris au sérieux.

Il y a, dans l'analyse de la justification, d'autres questions à aborder, selon les circonstances de l'enquête. Il s'agit notamment des questions de savoir si, en tentant d'obtenir le résultat souhaité, on a porté le moins possible atteinte à des droits, si une juste indemnisation est prévue en cas d'expropriation et si le groupe d'autochtones en question a été consulté au sujet des mesures de conservation mises en œuvre. On s'attendrait certainement à ce que les peuples autochtones, traditionnellement sensibilisés à la conservation et ayant toujours vécu dans des rapports d'interdépendance avec les ressources naturelles, soient au moins informés relativement à la conception d'un régime approprié de réglementation de la pêche. [par. 81 et 82]

[C'est moi qui souligne.]

[77] En appliquant ces lignes directrices à l'affaire dont elle était saisie, la Cour a dit ce qui suit, dans l'arrêt *Sparrow* :

Il incomberait à l'appelant de démontrer que la restriction imposée quant à la longueur des filets constitue une atteinte à première vue au droit ancestral collectif de pêcher à des fins de subsistance. Si on concluait à l'existence d'une atteinte, le fardeau de la preuve passerait au ministère public qui devrait alors démontrer que le règlement est justifiable. Pour ce faire, il lui faudrait prouver l'absence de tout objectif inconstitutionnel sous-jacent, comme celui d'attribuer une part plus importante de la ressource en question à un groupe d'usagers qui prend rang après les Musqueams. Il lui faudrait en outre démontrer que le règlement qu'on cherchait à imposer était nécessaire pour réaliser la restriction requise. En tentant d'établir que cette restriction s'imposait dans les circonstances de la pêche sur le fleuve Fraser, le ministère public pourrait se servir de faits relatifs à la pêche par d'autres Indiens du fleuve Fraser. [par. 87]

[C'est moi qui souligne.]

[78] Dans l'arrêt *Badger*, la Cour suprême a examiné des violations de la *Wildlife Act*, S.A. 1984, ch. W-9.1, par des Autochtones qui exerçaient leur droit issu de traités de chasser. Elle a conclu qu'un règlement provincial devait satisfaire, à l'égard des

droits issus de traités, au même critère de justification que celui énoncé dans l'arrêt *Sparrow*. Le juge Cory, qui rendait jugement au nom de la majorité, a écrit ce qui suit :

À mon avis, un règlement provincial pris conformément à la *Convention* doit satisfaire, à l'égard des droits issus de traité, le même critère de justification que celui énoncé dans *Sparrow*. La raison en est évidente. Comme le par. 12 de la *Convention* a pour effet de placer le gouvernement provincial exactement dans la situation où se trouvait la Couronne fédérale auparavant, le gouvernement provincial a la même obligation de ne pas porter atteinte de manière injustifiée au droit de chasse prévu par le Traité n° 8 et modifié par la *Convention*. Le paragraphe 12 de la *Convention* prévoit que la province peut légiférer à des fins de conservation, sous réserve du droit des Indiens de chasser et de pêcher pour se nourrir. En conséquence, il est nécessaire de disposer de moyens de déterminer si une loi en matière de conservation qui porte atteinte à ce droit est néanmoins justifiable. L'analyse formulée dans l'arrêt *Sparrow* constitue une méthode raisonnable, souple et admise d'évaluation des lois et règlements relatifs à la conservation. [par. 96]

[79] D'après le dossier déposé devant le juge de la Cour provinciale, je ne rejette pas son appréciation selon laquelle [TRADUCTION] « [i]l n'y a aucune possibilité raisonnable que le ministère public satisfasse au critère de la justification [...] avec une politique qui nie complètement le droit [...] issu [de] traité[s] » des Autochtones. Pour évaluer la poursuite engagée contre M. Reynolds, c'était tout ce qu'on pouvait dire et c'est un facteur qui pèse lourd dans sa demande de suspension de l'instance. Si le ministère public entendait faire des observations ou invoquer des preuves plus convaincantes au procès, il aurait dû les révéler dans sa réponse à la demande.

(4) Les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont déjà déterminé qu'un Autochtone ne saurait engager sa responsabilité en vertu de la *Loi* pour avoir commercé avec un non-Autochtone

[80] M. Reynolds a attiré l'attention du juge de la Cour provinciale sur trois décisions de la Cour du Banc de la Reine à l'appui de sa prétention selon laquelle les

Autochtones sont insusceptibles de poursuite en vertu du droit provincial pour de prétendues infractions relatives à la chasse ou au commerce (*R. c. Paul et Polchies* (1984), 58 R.N.-B. (2^e) 297, [1984] A.N.-B. n^o 336; *R. c. Muise (W. T.)* (2000), 227 R.N.-B. (2^e) 95, [2000] A.N.-B. n^o 229; et *Henry V. Smith c. Her Majesty the Queen*, 2013 NBBR 271, 409 R.N.-B. (2^e) 390). M. Reynolds prétend que la décision *Muise* appuie la proposition voulant qu'un Autochtone ne puisse être accusé sous le régime de la *Loi* pour avoir fait le commerce de l'original avec un non-Autochtone, malgré le fait que le non-Autochtone puisse être déclaré coupable. Les prétentions de M. Reynolds exagèrent ce que représentent les décisions en question. Bien que le juge de la Cour provinciale ait souscrit à sa prétention selon laquelle les tribunaux du Nouveau-Brunswick ont déjà conclu qu'un Autochtone ne saurait voir sa responsabilité engagée en vertu de la *Loi* pour avoir commercé avec un non-Autochtone, le juge a reconnu le caractère général de cette observation et, notamment, qu'elle était faite sous réserve de la capacité du ministère public d'établir la justification conformément aux arrêts *Sparrow* et *Badger*.

[81] Les commentaires que le juge Glennie a faits dans la décision *Muise* sont utiles pour mieux apprécier la position du ministère avant la mise en œuvre de la Politique. Il explique de quelle façon le système des permis de transfert en est venu à être utilisé relativement au commerce de l'original par les Autochtones à la suite de l'arrêt *Marshall*. Voici ce qu'il a dit :

[TRADUCTION]

Par suite des décisions de la Cour suprême dans l'affaire *Marshall*, le ministère des Ressources naturelles et de l'Énergie du Nouveau-Brunswick (les Ressources naturelles) a mis en train une nouvelle politique dans la province pour la possession de gibier tué par un autochtone exerçant un droit ancestral ou issu de traités.

L'avocat [du ministère public] signale qu'il existe maintenant un permis précis pour la possession de gibier pris par un autochtone dans l'exercice d'un droit ancestral ou issu de traités. Le Ministère en reçoit la demande du destinataire du gibier. Le demandeur de permis doit donner les nom, adresse, numéro de téléphone et bande de

l'autochtone de qui il reçoit la viande. L'obtention du permis doit précéder le transfert de possession. Le Ministère ne délivre pas de permis autorisant le transfert de gibier d'un non-autochtone titulaire de permis à un autre non-autochtone. L'avocat de la Couronne précise que ces dispositions sont des mesures essentiellement provisoires qui n'ont toujours pas donné lieu à une politique « officielle » aux Ressources naturelles. Rien ne semble exiger que les autochtones rendent compte de leur tableau de chasse. [par. 6 et 7]

[C'est moi qui souligne.]

[82] Devant le juge Glennie, ainsi que dans chacune des autres instances mentionnées, il s'agissait de savoir si un non-Autochtone pouvait éviter de voir sa responsabilité engagée en vertu de la *Loi* par suite du rôle joué par un Autochtone qui possédait un droit issu de traités. Le juge Glennie a ainsi résumé la position du ministère public :

[TRADUCTION]

L'avocat [du ministère public] a indiqué, à l'audition de l'appel, que la question était de savoir si le droit issu de traité, acquis à un autochtone, de vendre le fruit de sa chasse revêtait de droits quelconques l'acquéreur du gibier. Il a soutenu qu'un autochtone ne pouvait pas, par l'exercice de droits ancestraux, soustraire l'acquéreur à l'obligation de se conformer aux lois provinciales valides, ni revêtir l'acquéreur ou le donataire d'un « droit » d'acquérir ou de recevoir et de conserver le produit d'une chasse en violation de la *Loi*. Les questions à trancher sont donc celles-ci : (1) M. Muise a-t-il part à l'immunité face aux poursuites judiciaires pour possession de viande d'original dont jouit l'autochtone de qui il a obtenu la viande? (2) M. Muise jouit-il de quelque immunité en matière de poursuites judiciaires qui serait indépendante du droit ancestral de l'autochtone de qui il a obtenu la viande, mais qui coexisterait avec ce droit? Pour les motifs que j'exposerai ci-après, je suis d'avis qu'il faut répondre par la négative aux deux questions.

À la page 5 de sa décision, le juge McCarroll s'est exprimé en ces termes :

[TRADUCTION]

Pour qu'un non-autochtone ait la possession légale d'un cadavre ou d'une partie d'un cadavre d'animal de la faune, ce qui inclut nécessairement ici un original, un chevreuil, etc., cette personne, ce non-autochtone doit se conformer aux dispositions de la *Loi sur la pêche sportive et la chasse* relatives aux permis. En l'espèce, M. Muise ne possédait pas de permis conforme à la *Loi* et il n'en a jamais fait la demande non plus, convaincu que, parce qu'une autochtone lui avait donné la viande, il n'avait pas besoin de ce permis, ce qui m'amène au second argument de la défense, qui fait valoir que M. Muise ne s'est pas rendu compte qu'il lui fallait un permis.

Je statuerai très rapidement sur ce point, le droit étant limpide à cet égard. Nul n'est censé ignorer la loi. L'ignorance de la loi ne procure aucun moyen de défense dans la présente situation et rien n'a été porté à ma connaissance, ici, qui serait indicatif d'une erreur provoquée par les autorités pouvant entrer en considération.

[par. 16 et 17]

[83] M. Reynolds invoque les observations suivantes du juge Glennie à l'appui de sa prétention selon laquelle un Autochtone ne peut voir sa responsabilité engagée même lorsqu'un non-Autochtone peut être poursuivi :

[TRADUCTION]

Les citoyens autochtones du Nouveau-Brunswick sont soustraits à l'application de l'art. 58 de la *Loi* par l'effet conjugué des paragraphes 35(1) et (2) et de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Le paragraphe 35(1) reconnaît et confirme les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada. Le paragraphe 35(2) précise que « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment « des Indiens, des Inuits et des Métis du Canada ». Le paragraphe 52(1) proclame que la Constitution du Canada est la loi suprême du Canada et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit. [par. 20]

[84] Dans l'affaire *Muise*, toutefois, la responsabilité de l'Autochtone n'était pas en cause. Bien que le juge ait souligné que le ministère public avait [TRADUCTION] « admis franchement [...] que, dans une opération tel le transfert de viande d'orignal [...], la responsabilité légale de l'autochtone n'était pas engagée », cet aveu avait été fait pour les fins de la poursuite engagée contre le non-Autochtone.

[85] Pour dire les choses simplement, la portée que M. Reynolds attribue à ces instances exagère ce qui y a été décidé. Il ne fait aucun doute qu'un Autochtone ne peut être poursuivi conformément aux dispositions de la *Loi*, qui portent atteinte à un droit issu de traités protégé par la Constitution, à moins que l'interdiction en question ne constitue une réglementation justifiable du traité conformément aux arrêts *Sparrow* et *Badger*. La question de savoir si l'interdiction qui est faite à un non-Autochtone de se porter acquéreur de viande d'orignal en commerçant avec un Autochtone, lequel exerce en toute légitimité un droit issu de traités de commercer, est une interdiction valide est une question dont notre Cour n'est pas saisie en l'espèce.

(5) Le ministère public tente de faire indirectement ce qu'il ne peut faire directement

[86] Le juge de la Cour provinciale a conclu que le ministère public tentait de faire indirectement ce qu'il ne pouvait faire directement. Comme il l'a fait observer, la *Loi* ne réglemente pas directement le droit issu de traités de chasser. Le ministère public a dit de la *Loi* qu'elle avait pour objet la réglementation de la ressource [TRADUCTION] « pour ce qui concerne les non-Autochtones ». La Politique ne prétend pas faire appliquer la *Loi* afin de réglementer le droit issu de traités de commercer; elle vise à réglementer la participation des non-Autochtones au commerce de l'orignal. Elle dispose qu'un non-Autochtone fera l'objet de poursuites judiciaires pour avoir été en possession de la viande d'un orignal abattu par un Autochtone ou en avoir fait le commerce. On n'y dit pas que des accusations seront portées contre un Autochtone. Le ministère public n'a invoqué aucun précédent à l'appui de sa position selon laquelle la poursuite engagée contre M. Reynolds, à titre de complice, ne porterait pas atteinte à ses droits issus de

traités ou que ses droits issus de traités ne seraient pas analysés d'une façon différente de celle dont ils l'auraient été s'il avait été inculpé directement. C'est pour cette raison que le juge a dit qu'en poursuivant M. Reynolds à titre de complice de l'infraction commise par M. Knox, le ministère public tentait de faire indirectement ce qu'il ne pouvait pas faire directement.

[87] Dès lors que le ministère public a fait valoir que, par suite d'une entente, le droit issu de traités de M. Reynolds de commercer ne s'applique pas à l'original et, subsidiairement, qu'une justification s'applique, la raison pour laquelle il poursuit M. Reynolds à titre de complice n'est pas évidente. La situation pourrait être différente pour l'infraction de possession illégale d'original, puisque c'est par suite de l'exercice de son droit issu de traités de chasser que M. Reynolds s'est personnellement trouvé en possession de viande d'original.

[88] En résumé, bien que le ministère public ait tenté de faire indirectement ce qu'il ne pouvait pas faire directement, cela semble ne faire aucune différence sur le plan pratique compte tenu du fait que le ministère public a reconnu que s'il n'arrivait pas à établir l'existence d'une entente ou d'une justification, il ne pourrait pas établir la culpabilité.

(6) L'obligation fiduciaire – l'honneur de la Couronne

[89] Le juge de la Cour provinciale a conclu que dans la poursuite qu'il a engagée contre M. Reynolds, le ministère public avait omis de reconnaître son obligation fiduciaire envers les peuples autochtones et de prendre en considération l'honneur auquel la Couronne est tenue dans tous ses rapports avec les peuples autochtones.

[90] La relation spéciale qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones est bien reconnue. Dans l'arrêt *Marshall*, le juge Binnie a expliqué l'incidence qu'a eue cette relation sur les décisions des tribunaux. Voici ce qu'il a dit :

Je suis d'avis d'accueillir le présent pourvoi parce que rien de moins ne saurait protéger l'honneur et l'intégrité de la Couronne dans ses rapports avec les Mi'kmaq en vue d'établir la paix avec eux et de s'assurer leur amitié, autant qu'il soit possible de dégager aujourd'hui la teneur des promesses faites par traité. En tirant cette conclusion, je reconnais que, si le présent litige découlait d'une transaction commerciale moderne entre deux parties jouissant d'un pouvoir de négociation relativement égal, ou si, comme ont conclu les juridictions inférieures, le court document rédigé à Halifax, sous la direction du gouverneur Charles Lawrence le 10 mars 1760, devait être considéré comme l'« entente intégrale » entre les parties, il faudrait conclure que les Mi'kmaq ont mal protégé leurs intérêts. Toutefois, les tribunaux n'appliquent pas des règles d'interprétation strictes aux rapports fondés sur les traités.
[par. 4]

[C'est moi qui souligne.]

[91] Dans l'arrêt *Sparrow*, la Cour suprême a dit ce qui suit en ce qui concerne la responsabilité du gouvernement dans ses rapports avec les peuples autochtones :

Dans l'arrêt *R. v. Agawa*, précité, le juge Blair affirme que ce principe devrait s'appliquer à l'interprétation du par. 35(1). Aux pages 215 et 216, il ajoute comme tout aussi applicable le principe suivant :

[TRADUCTION] Le second principe a été énoncé par feu le juge en chef adjoint MacKinnon dans l'arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360. Soulignant l'importance de l'histoire et des traditions indiennes ainsi que ce qu'on croyait être l'effet du traité au moment de sa signature, il a en outre fait une mise en garde contre la détermination des droits des Indiens « dans l'abstrait ». L'interprétation de traités avec les Indiens met en cause l'honneur de la Couronne et, par conséquent, l'équité envers les Indiens est un facteur dominant. Il dit, à la p. 367 :

« Les principes applicables à l'interprétation de traités visant les Indiens ont fait l'objet de nombreuses discussions au fil des ans. Lorsqu'il s'agit d'interpréter les conditions d'un

traité, tout à fait indépendamment des autres considérations déjà évoquées, il y va toujours de l'honneur de la Couronne et aucune apparence de « manœuvres malhonnêtes » ne doit être tolérée. »

Ce point de vue se reflète dans de récentes décisions judiciaires insistant sur la responsabilité qu'a le gouvernement de protéger les droits des Indiens, laquelle responsabilité résulte des rapports fiduciaires spéciaux créés par l'histoire, par des traités et par des textes législatifs : voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; 55 N.R. 161; 13 D.L.R. (4th) 321.

[par. 58]

Elle a également dit ceci :

Si on conclut à l'existence d'un objectif législatif régulier, on passe au second volet de la question de la justification. Ici, nous nous référons au principe directeur d'interprétation qui découle des arrêts *Taylor and Williams* et *Guerin*, précités. C'est-à-dire, l'honneur de Sa Majesté est en jeu lorsqu'Elle transige avec les peuples autochtones. Les rapports spéciaux de fiduciaire et la responsabilité du gouvernement envers les autochtones doivent être le premier facteur à examiner en déterminant si la mesure législative ou l'action en cause est justifiable. [par. 75]

[92] Dans presque chaque instance, on se reporte à ces principes pour poser le contexte qui mène à l'analyse des questions et du litige précis dont une Cour est saisie.

C. *Abus de procédure*

[93] Dans ses motifs de décision, le juge de la Cour provinciale a pleinement recensé les règles de droit et principes applicables à l'abus de procédure.

[94] Le juge d'appel Richard, qui rendait jugement au nom de notre Cour dans l'arrêt *Doiron c. R.*, 2013 NBCA 31, 405 R.N.-B. (2^e) 22, a résumé la doctrine de l'abus

de procédure et le critère à observer pour accorder la suspension de l'instance. Il a dit ce qui suit :

Dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, la juge Charron, au nom d'une Cour unanime, a résumé de façon pratique la doctrine sur l'abus de procédure et le critère à observer pour accorder la suspension de l'instance. Les paragraphes 33 à 42 de sa décision sont particulièrement pertinents. Dans son examen détaillé, les principes suivants sont applicables pour statuer sur le dernier moyen d'appel de M. Doiron :

- a. Les juges de première instance ont le pouvoir discrétionnaire résiduel de suspendre une instance afin de remédier à un abus de procédure.
- b. La règle de la common law sur l'abus de procédure et les considérations fondées sur la *Charte* qui pourraient s'appliquer à une affaire donnée sont fusionnées en une seule analyse fondée sur l'art. 7 de la *Charte*, quoique, selon les circonstances, différentes garanties prévues par la *Charte* peuvent intervenir. Sous le régime de l'art. 7, au moins deux catégories d'abus de procédure ont été relevées : 1) les cas où la conduite du poursuivant porte atteinte à l'équité du procès; 2) les cas où la conduite du poursuivant contrevient aux notions fondamentales de justice et mine ainsi l'intégrité du processus judiciaire.
- c. Dans la première catégorie, le sujet de préoccupation est l'équité du procès de l'accusé. Si la conduite reprochée rend le procès inéquitable, le critère est satisfait, et une preuve de « conduite répréhensible » effective n'est pas toujours nécessaire.
- d. Dans la deuxième catégorie, on ne considère pas les intérêts de l'accusé, mais plutôt la preuve d'une conduite du poursuivant qui tend à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice.
- e. Le critère à appliquer pour décider s'il y a lieu d'accorder une suspension de l'instance pour abus

de procédure, peu importe que cet abus ait causé ou non une atteinte au droit de l'accusé à un procès équitable ou à l'intégrité du système de justice, consiste à déterminer : 1) si le préjudice causé par l'abus en question sera révélé, perpétué ou aggravé par le déroulement du procès ou par son issue; 2) si aucune autre réparation ne peut raisonnablement faire disparaître ce préjudice.

f. La suspension de l'instance ne devrait être imposée que dans les cas les plus manifestes.

[par. 38]

[95] À propos de la deuxième catégorie d'abus de procédure, savoir celui qui tend à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice, la juge Charron, qui rendait jugement au nom de la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Nixon*, 2011 CSC 34, [2011] 2 R.C.S. 566, a dit ceci :

Dans la catégorie résiduelle de cas, l'atteinte aux droits de l'accusé est pertinente mais non déterminante. Bien entendu, dans la plupart des cas, l'accusé n'établira le bien-fondé de son allégation d'abus de procédure que s'il parvient à démontrer que la conduite du poursuivant lui a causé un certain préjudice. Cependant, en ce qui concerne cette catégorie de cas, il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas.

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui

reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [C'est la juge Charron qui souligne; p. 1667.]

[par. 41]

[96] Appliquant ce cadre d'analyse à la question de savoir si la répudiation d'une entente sur le plaidoyer constituait un abus de procédure relevant de la deuxième catégorie, et aussi à la prétention selon laquelle la Cour devait être convaincue que l'on avait satisfait à un critère préliminaire, la juge Charron a dit ce qui suit :

La question est donc de savoir si la présente affaire est visée par la catégorie résiduelle de cas mentionnée dans *O'Connor*. La répudiation de l'entente sur le plaidoyer, compte tenu de l'ensemble des circonstances, constitue-t-elle un abus de procédure? Autrement dit, le fait que la Couronne ait répudié l'entente était-il à ce point injuste ou oppressif pour M^{me} Nixon, ou à ce point entaché de mauvaise foi ou d'un motif illégitime, que permettre à la Couronne de tenir un procès relativement à l'accusation de conduite dangereuse prévue au *Code criminel* porterait atteinte à l'intégrité du système judiciaire?

Avant de discuter du bien-fondé de la demande, je veux traiter d'une question préliminaire importante. Comme il a déjà été mentionné, le PGCB est intervenu dans le présent pourvoi pour insister sur l'importance que les cours de juridiction criminelle s'abstiennent de contrôler l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites avant d'avoir d'abord pris la « décision préliminaire » que l'examen est justifié. Je suis d'accord que les tribunaux ne doivent pas examiner les motifs qui sous-tendent les actes résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites s'ils ne peuvent s'appuyer sur une preuve suffisante. Toutefois, selon moi, la preuve qu'une

entente sur le plaidoyer a été conclue et, par la suite, répudiée par la Couronne satisfait au critère préliminaire. Je m'explique.

Comme le PGCB le souligne à juste titre, l'imposition aux tribunaux d'une exigence selon laquelle ils doivent d'abord se prononcer quant à l'utilité de la tenue d'une enquête fondée sur la *Charte* n'a rien de nouveau : *R. c. Pires*, 2005 CSC 66, [2005] 3 R.C.S. 343. Il faut également satisfaire à des critères préliminaires semblables dans d'autres domaines du droit criminel; ils ne constituent pas une anomalie. Des conditions préliminaires peuvent être imposées uniquement pour des raisons pragmatiques. Comme la Cour l'a fait remarquer dans *Pires* (au par. 35) :

Pour que notre système de justice fonctionne, les juges qui président les procès doivent être en mesure de veiller au bon déroulement des instances. L'un des mécanismes leur permettant d'y arriver est le pouvoir de refuser de procéder à une audition de la preuve lorsque la partie qui en fait la demande est incapable de démontrer qu'il est raisonnablement probable que cette audience aidera à résoudre les questions soumises au tribunal.

Hormis de telles considérations pragmatiques, il existe de bonnes raisons d'imposer un fardeau initial au demandeur qui prétend qu'un acte résultant de l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites constitue un abus de procédure. Comme de telles décisions échappent généralement à la compétence du tribunal, il ne suffit pas d'entreprendre un examen pour qu'un demandeur puisse faire une simple allégation d'abus de procédure. Par exemple, un demandeur ne saurait prétendre qu'il y a eu abus de procédure au simple motif que la Couronne a décidé de donner suite aux accusations portées contre lui mais retiré des accusations similaires portées contre un coaccusé. En l'absence de tout autre élément, rien ne justifierait que le tribunal examine les motifs qui sous-tendent l'exercice du pouvoir discrétionnaire en matière de poursuites.

Toutefois, la répudiation d'une entente sur le plaidoyer n'est pas qu'une simple allégation. C'est une preuve que la Couronne n'a pas tenu parole. Tout le monde en convient : le respect des ententes sur le plaidoyer revêt une

importance cruciale pour l'administration saine et équitable de la justice criminelle. La répudiation d'une telle entente est un événement rare et exceptionnel. Selon moi, la preuve que la Couronne a conclu une entente sur le plaidoyer qu'elle a par la suite répudiée est conforme à la norme préliminaire à laquelle il doit être satisfait pour entreprendre un examen de la décision en vue de décider si elle constitue un abus de procédure. En outre, dans la mesure où la Couronne est la seule partie au courant de l'information, c'est à elle qu'il incombe d'exposer au tribunal les circonstances et les motifs qui sous-tendent sa décision de répudier l'entente. En d'autres termes, la Couronne doit expliquer au tribunal pourquoi et comment elle est parvenue à la décision de ne pas respecter l'entente qu'elle avait pourtant conclue. En bout de ligne, c'est au demandeur qu'il revient d'établir qu'il y a eu abus de procédure et, comme il a déjà été discuté, il doit satisfaire à un critère rigoureux. Cependant, le peu, voire l'absence d'explications de la Couronne, le cas échéant, constitue un facteur qui milite fortement en faveur de la thèse du demandeur qui cherche à établir qu'il y a eu abus de procédure. [par. 59 à 63]

V. Conclusion

[97] Dans les observations qu'il a présentées au juge, M. Reynolds n'a pas invoqué de conduite répréhensible portant atteinte à l'équité du procès. Il a invoqué la catégorie résiduelle ou la deuxième des deux catégories d'abus de procédure, faisant valoir que la conduite du poursuivant « contrevient aux notions fondamentales de justice et mine ainsi l'intégrité du système judiciaire ». Tout en reconnaissant qu'il n'y avait ni malveillance ni mauvaise foi de la part du ministère public, M. Reynolds a soutenu qu'étant donné que l'on reconnaît que l'échange qu'il a conclu avec M. Knox relève du droit de commercer qui lui est garanti par la Constitution, le maintien de la poursuite mine les attentes de la société sur le plan de l'équité.

[98] Il importe de souligner que bien que l'appréciation des circonstances de la poursuite puisse, lorsque l'abus de procédure est invoqué, comprendre une évaluation du fond de la cause du ministère public, une décision sur le fond n'est pas forcément

nécessaire. En l'espèce, l'appréciation du bien-fondé de la position du ministère public concernant la justification occupe une place importante dans la prise en compte par le juge des circonstances de la poursuite; toutefois, la conclusion d'abus de procédure était fondée sur l'ensemble des circonstances de la poursuite engagée contre M. Reynolds. Cette démarche est conforme aux règles de droit applicables et elle était indiquée compte tenu de la situation factuelle dont le juge était saisi.

[99] D'après la position du ministère public dans le cadre de la demande, ce dernier reconnaît que la poursuite contre M. Reynolds dépend de sa capacité à établir soit : (i) que par suite d'une entente, le droit issu de traités de M. Reynolds de commercer a été modifié ou suspendu afin d'exclure le droit de faire le commerce de l'original; soit (ii) que l'application de la *Loi* constitue une réglementation justifiable du droit issu de traités de commercer, conformément au critère que la Cour suprême a énoncé dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*.

[100] Le juge de la Cour provinciale a conclu, pour les raisons susmentionnées, qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le ministère public établisse la justification. Il n'y a aucune erreur dans l'analyse qui l'a mené à cette conclusion. La preuve se rapportant à la réunion du 24 septembre, y compris la lettre du Ministre expliquant la décision de mettre en œuvre la Politique, établit sans l'ombre d'un doute que cette Politique avait pour but de mettre fin, fût-ce temporairement, au commerce de l'original que font les Autochtones avec les non-Autochtones. L'application de la *Loi* conformément à la Politique compromet l'exercice du droit issu de traités de commercer et elle constitue une atteinte à première vue à ce droit. Le ministère public n'a produit aucun élément de preuve ni aucun indice raisonnable sur lequel il pourrait s'appuyer pour établir que l'application de la *Loi* en conformité avec la Politique ne régleme le droit issu de traités que dans la mesure nécessaire. Il n'y avait non plus aucun élément sur lequel nous appuyer pour conclure que la Politique respecte la priorité du droit issu de traités ou rend compte d'une répartition appropriée de cette ressource limitée. Nul ne conteste que le dossier établit qu'aucun changement n'a été apporté à la chasse automnale annuelle avec permis ou à la possibilité d'obtenir un permis de transfert pour de l'original

abattu lors de cette chasse. L'importance des préoccupations du ministère en matière de conservation, pour ce qui concerne le nombre d'originaux abattus chaque année, à la fois en vertu d'un permis délivré conformément à la *Loi* et dans l'exercice du droit issu de traités de chasser, ne fait aucun doute. Toutefois, le ministère public, ni dans sa preuve ni dans ses observations ou ses mémoires, n'a répondu à la question de savoir en quoi on répond à ces préoccupations d'une manière justifiable si on ne limite que le droit issu de traités.

[101] Bien que le juge de la Cour provinciale n'ait pas fait la même évaluation de l'assertion du ministère public concernant l'existence d'une entente d'abstention de l'exercice du droit issu de traités, j'estime, comme je l'ai dit ci-dessus, d'après le dossier, qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le ministère public établisse l'existence d'une entente de cette nature. L'assertion voulant qu'une entente soit intervenue lors de la réunion du 24 septembre est incompatible avec le dossier et de plus, les assertions du ministère public voulant que les chefs aient eu, dans les circonstances, le pouvoir de modifier des droits issus de traités ne sont pas convaincantes.

[102] En résumé, les deux prétentions que formule le ministère public afin de faire écarter les droits issus de traités de M. Reynolds ne sauraient être qualifiées de questions justiciables. Il ne s'agit pas d'appliquer une évaluation qui s'apparente à un jugement sommaire aux prétentions du ministère public, et d'ainsi obliger le ministère public à produire des preuves convaincantes de ses prétentions ou à risquer le rejet. Toutefois, dans le contexte de la prétention de M. Reynolds voulant qu'il y ait abus de procédure, une des considérations importantes réside dans l'évaluation des assertions du ministère public qui visent à nier le droit issu de traités de M. Reynolds, droit qui, reconnaît-on, l'autorisait par ailleurs à faire le commerce de l'original avec M. Knox.

[103] De plus, les circonstances dans leur ensemble mènent inexorablement à la conclusion que la persistance à faire instruire les accusations portées contre M. Reynolds est injuste et oppressive. La charge qu'impose la présentation d'une défense à l'encontre de ces accusations est disproportionnée à l'intérêt qu'il y a à veiller à ce que ces

accusations soient tranchées au procès. La poursuite engagée contre M. Reynolds constitue, dans les circonstances, un abus de procédure. Il vaut la peine de répéter les commentaires, cités ci-dessus, que la Cour suprême a faits dans l'arrêt *R. c. Nixon* :

[E]n ce qui concerne cette catégorie de cas [la catégorie résiduelle], il est préférable de concevoir le préjudice subi comme un acte tendant à miner les attentes de la société sur le plan de l'équité en matière d'administration de la justice. Les propos suivants de la juge L'Heureux-Dubé dans *R. c. Conway*, [1989] 1 R.C.S. 1659, expriment bien le caractère essentiel de l'équilibre à atteindre en matière d'abus de procédure en ce qui concerne la catégorie résiduelle de cas.

Suivant la doctrine de l'abus de procédure, le traitement injuste ou oppressif d'un accusé prive le ministère public du droit de continuer les poursuites relatives à l'accusation. [C'est moi qui souligne.] Les poursuites sont suspendues, non à la suite d'une décision sur le fond (voir *Jewitt*, précité, à la p. 148), mais parce qu'elles sont à ce point viciées que leur permettre de suivre leur cours compromettrait l'intégrité du tribunal. Cette doctrine est l'une des garanties destinées à assurer « que la répression du crime par la condamnation du coupable se fait d'une façon qui reflète nos valeurs fondamentales en tant que société » (*Rothman c. La Reine*, [1981] 1 S.C.R. 640, à la p. 689, le juge Lamer). C'est là reconnaître que les tribunaux doivent avoir le respect et le soutien de la collectivité pour que l'administration de la justice criminelle puisse adéquatement remplir sa fonction. Par conséquent, lorsque l'atteinte au franc-jeu et à la décence est disproportionnée à l'intérêt de la société [de veiller à ce] que les infractions criminelles soient efficacement poursuivies, l'administration de la justice est mieux servie par l'arrêt des procédures. [C'est la juge Charron qui souligne; p. 1667.]

[par. 41]

[104] Il n'y a rien qui donne à penser qu'avant que les accusations soient déposées, M. Reynolds se serait attendu à ce que le ministère public mette en cause les droits issus de traités que la Cour suprême a reconnus dans l'arrêt *Marshall* relativement

au commerce de l'original. À la suite de l'arrêt *Marshall*, la Couronne a commencé à délivrer des permis de transfert spéciaux, en vertu du par. 91(2), afin d'autoriser les non-Autochtones à se procurer de la viande d'original auprès des Autochtones. Puis, en 2003, parce que l'on se préoccupait du nombre d'originaux abattus, la Politique a été mise en vigueur – cette Politique mettait fin à la délivrance des permis de transfert spéciaux et exprimait l'intention d'engager des poursuites contre les non-Autochtones qui auraient de la viande d'original en leur possession sans avoir un permis ou un certificat d'enregistrement. Il n'y est pas question de poursuivre également les Autochtones pour avoir commercé avec des non-Autochtones et aucun élément de preuve n'indique que la Politique a été publiée. La Couronne n'a pas, au moyen d'une Loi ou d'un règlement, directement réglementé le droit issu de traités relativement à l'original, ainsi qu'elle aurait pu le faire, sous réserve des principes énoncés dans les arrêts *Sparrow* et *Badger*.

[105] En 2013, des accusations ont été portées contre M. Reynolds. L'introduction de poursuites contre un Autochtone, sous le régime de la *Loi*, pour avoir fait le commerce de l'original, dans des circonstances que l'on reconnaît relever du droit issu de traités de commercer, est en quelque sorte exceptionnelle. Ce qui est encore plus exceptionnel, c'est qu'on l'ait poursuivi à titre de complice de l'infraction commise par un non-Autochtone. D'après les observations que le ministère public a formulées devant notre Cour et devant les tribunaux d'instance inférieure, la poursuite engagée contre M. Reynolds vise à obvier à ce qui, prétend-il, serait par ailleurs une pratique injuste et partielle consistant à ne poursuivre que les non-Autochtones pour avoir fait le commerce de l'original, soit une seule des parties au commerce.

[106] Après que les accusations ont été déposées, le ministère public, dans la poursuite engagée contre M. Reynolds, a cherché à soigneusement contourner les droits issus de traités décrits dans l'arrêt *Marshall*. Le ministère public a voulu engager la responsabilité de M. Reynolds pour le motif qu'il était complice de l'infraction commise par M. Knox et a soutenu que ses droits issus de traités n'étaient pas applicables. Le ministère public a par conséquent fait valoir qu'il n'avait pas à justifier l'application des dispositions de la *Loi*, comme l'a envisagé la Cour suprême dans les arrêts *Sparrow* et

Badger. De plus, le ministère public a soutenu que le droit de commercer qui a été reconnu dans l'arrêt *Marshall* ne comprenait pas celui de commercer avec un non-Autochtone – si la participation du non-Autochtone à la transaction commerciale était interdite par la *Loi*. Ces prétentions constituaient le fondement de la preuve retenue par le ministère public contre M. Reynolds, du moins jusqu'à ce que l'ajournement soit prononcé parce que M. Reynolds avait découvert l'existence de la Politique. Il semblerait que jusqu'alors, même le ministère du Développement de l'énergie et des ressources n'avait en tête ni la Politique ni les circonstances de la réunion du 24 septembre dont a découlé la Politique. C'est en réponse à la demande de M. Reynolds pour abus de procédure, et plus d'un an après avoir déposé des accusations contre lui, que le ministère public a prétendu [TRADUCTION] qu'« une seule question principale [était] soulevée dans la présente poursuite », soit celle de savoir si les Premières Nations avaient volontairement accepté, lors de la rencontre du 24 septembre 2003 avec le Ministre, de s'abstenir d'exercer leur droit issu de traités de faire le commerce de l'orignal.

[107] La décision de porter des accusations contre M. Reynolds, compte tenu du droit issu de traités dont l'existence est reconnue, et de persister à faire instruire les accusations en invoquant des thèses minces puis changeantes relativement à sa culpabilité est, à tout le moins, incompatible avec les principes ressortissant à l'honneur de la Couronne que la Cour suprême a appliqués dans l'arrêt *Marshall* à l'endroit des droits issus de traités dont il est précisément question en l'espèce. Bien que rien ne donne à penser que M. Reynolds connaissait l'existence de la Politique, même s'il en avait connu l'existence, celle-ci précise que les permis de transfert spéciaux ne seraient plus délivrés aux non-Autochtones et que « [l]es personnes non autochtones que l'on trouvera en possession de viande d'orignal sans posséder un certificat d'enregistrement valide et un permis de transfert valide, feront l'objet de poursuites judiciaires ». La Couronne a tout simplement voulu faire exécuter une loi d'application générale qui est incompatible avec le droit issu de traités que possède M. Reynolds de chasser et de commercer. Ce faisant, elle ne s'est pas acquittée de l'obligation dont elle est tenue envers les peuples autochtones du Nouveau-Brunswick.

[108] J'estime que c'est à bon droit que le juge de la Cour provinciale a conclu, dans les circonstances, que la poursuite engagée contre M. Reynolds constituait un abus de procédure. En outre, étant donné cette conclusion, la seule solution convenable était la suspension de l'instance. Je reconnais qu'il était fondé à conclure que M. Reynolds ne devrait pas à avoir à répondre davantage aux accusations portées contre lui.

VI. Dispositif

[109] Pour ces motifs, je suis d'avis d'accorder l'autorisation d'appel mais de rejeter l'appel.

SALE AND POSSESSION

51(1) Every person commits an offence who at any time

(a) offers or exposes for sale, trade or barter, or purchases or offers to purchase, the carcass or any part thereof of wildlife[.]

58 Every person who at any time has in his possession the carcass of a bear, moose or deer or any part thereof, except in accordance with this Act and the regulations, commits an offence.

RIGHTS OF THE ABORIGINAL PEOPLES OF CANADA

35. (1) The existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are hereby recognized and affirmed.

Definition of "aboriginal peoples of Canada"

(2) In this Act, "aboriginal peoples of Canada" includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.

(3) For greater certainty, in subsection (1) "treaty rights" includes rights that now exist by way of land claims agreements or may be so acquired.

(4) Notwithstanding any other provision of this Act, the aboriginal and treaty rights

VENTE ET POSSESSION

51(1) Commet une infraction quiconque, en tout temps,

a) offre ou expose en vente, échange ou troque, ou achète ou offre d'acheter tout ou partie du cadavre d'un animal de la faune[.]

58 Commet une infraction quiconque, en tout temps, est en possession de tout ou partie du cadavre d'un ours, d'un orignal ou d'un chevreuil, si ce n'est conformément à la présente loi et aux règlements.

DROITS DES PEUPLES AUTOCHTONES DU CANADA

35. (1) Les droits existants – ancestraux ou issus de traités – des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés.

Définition de « peuples autochtones du Canada »

(2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s'entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

(3) Il est entendu que sont compris parmi les droits issus de traités, dont il est fait mention au paragraphe (1), les droits existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis.

(4) Indépendamment de toute autre disposition de la présente loi, les droits –

referred to in subsection (1) are guaranteed equally to male and female persons.

35.1 The government of Canada and the provincial governments are committed to the principle that, before any amendment is made to Class 24 of section 91 of the “*Constitution Act, 1867*”, to section 25 of this Act or to this Part,

(a) a constitutional conference that includes in its agenda an item relating to the proposed amendment, composed of the Prime Minister of Canada and the first ministers of the provinces, will be convened by the Prime Minister of Canada; and

(b) the Prime Minister of Canada will invite representatives of the aboriginal peoples of Canada to participate in the discussions on that item.

ancestraux ou issus de traités – visés au paragraphe (1) sont garantis également aux personnes des deux sexes.

35.1 Les gouvernements fédéral et provinciaux sont liés par l’engagement de principe selon lequel le premier ministre du Canada, avant toute modification de la catégorie 24 de l’article 91 de la « *Loi constitutionnelle de 1867* », de l’article 25 de la présente loi ou de la présente partie :

a) convoquera une conférence constitutionnelle réunissant les premiers ministres provinciaux et lui-même et comportant à son ordre du jour la question du projet de modification;

b) invitera les représentants des peuples autochtones du Canada à participer aux travaux relatifs à cette question.