

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appellant*

N.T.C. Smokehouse Ltd. *Appelante*

v.

c.

Her Majesty The Queen *Respondent*

Sa Majesté la Reine *Intimée*

and

et

The Attorney General of British Columbia, the Canadian National Railway Company, the Fisheries Council of British Columbia, the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation, the First Nations Summit, Delgamuukw et al., Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner *Interveners*

Le procureur général de la Colombie-Britannique, la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada, le Fisheries Council of British Columbia, la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation, le First Nations Summit, Delgamuukw et autres, Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner *Intervenants*

INDEXED AS: R. v. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

RÉPERTORIÉ: R. c. N.T.C. SMOKEHOUSE LTD.

File No.: 23800.

N° du greffe: 23800.

1995: November 27, 28, 29; 1996: August 21.

1995: 27, 28, 29 novembre; 1996: 21 août.

Present: Lamer C.J. and La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci and Major JJ.

Présents: Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka, Gonthier, Cory, McLachlin, Iacobucci et Major.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Constitutional law — Aboriginal rights — Right to sell fish (salmon) — Food processor charged for selling salmon contrary to regulations — Large quantities of salmon purchased from natives — Natives catching salmon under food fishing licence — Regulations prohibiting sale or barter of fish caught under food fishing licence — Whether an aboriginal right to sell salmon — Whether the aboriginal right extinguished — Whether aboriginal right infringed by regulations — Whether any infringement justified — Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52 — British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(5) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1).

Droit constitutionnel — Droits ancestraux — Droit de vendre du poisson (saumon) — Entreprise de transformation alimentaire accusée d'avoir vendu du poisson en violation de certaines dispositions réglementaires — Grandes quantités de saumon achetées d'autochtones — Autochtones ayant pris le saumon en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Règlement interdisant la vente ou l'échange du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance — Existe-t-il un droit ancestral de vendre du saumon? — Le droit ancestral a-t-il été éteint? — Les dispositions réglementaires portent-elles atteinte au droit ancestral? — L'atteinte est-elle justifiée? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52 — Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(5) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1).

The appellant, a food processor, was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act* with selling and purchasing

L'appelante, une entreprise de transformation alimentaire, a été accusée en application du par. 61(1) de la *Loi*

fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, and with selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations. The fish had been caught by Indian bands under authority of food fishing licences, sold to the appellant and resold by the appellant in the commercial market. Section 27(5) of the Regulations at the time prohibited the sale or barter of any fish caught under the authority of an Indian food fish licence and s. 4(5) prohibited anyone from purchasing such fish. The appellant was convicted and its appeal to the Court of Appeal was dismissed. The constitutional questions stated by this Court queried whether ss. 4(5) and 27(5) of the Regulations were of no force or effect with respect to the appellant by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, by reason of the aboriginal rights within the meaning of s. 35 of that Act.

Held (L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

The Aboriginal Right

Per Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ.: Although the aboriginal right asserted was not one held by the appellant itself but rather held by native bands originally selling the fish, the appellant was entitled to raise the defence given that a conviction hinged on the natives' sale of the fish being illegal.

An activity, to be recognized as an aboriginal right, must be an element of a practice, custom or tradition integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right. The Court must first determine the precise nature of the claim being made, taking into account such factors as the nature of the action allegedly done pursuant to an aboriginal right, the government regulation allegedly infringing the right, and the practice, custom or tradition relied upon to establish the right. The Regulations prohibited all sales or trade of salmon caught without a commercial fishing licence. The sale of fish by the Indian bands in question was, however, extensive.

The claim to an aboriginal right to exchange fish commercially places a more onerous burden on the appellant than a claim to an aboriginal right to exchange

sur les pêcheries d'avoir acheté et vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) de ce règlement. Le poisson avait été pris par des bandes indiennes en vertu de permis de pêche de subsistance, puis vendu à l'appelante et enfin revendu par cette dernière sur le marché commercial. Le par. 27(5) du Règlement interdisait à l'époque la vente ou l'échange de poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens et le par. 4(5) interdisait à quiconque d'acheter ce poisson. L'appelante a été déclarée coupable et l'appel qu'elle a interjeté à la Cour d'appel a été rejeté. Les questions constitutionnelles formulées par notre Cour visaient à déterminer si les par. 4(5) et 27(5) du Règlement étaient inopérants à l'égard de l'appelante en vertu de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en raison des droits ancestraux au sens de l'art. 35 de cette Loi.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes): Le pourvoi est rejeté.

Le droit ancestral

Le juge en chef Lamer et les juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major: Bien que le droit ancestral revendiqué ne soit pas un droit dont l'appelante serait elle-même titulaire, mais plutôt un droit détenu par les bandes indiennes ayant vendu le poisson à l'origine, l'appelante avait le droit de faire valoir ce moyen de défense étant donné que la déclaration de culpabilité dépendait de l'illégalité de la vente du poisson par les autochtones.

Pour constituer un droit ancestral, une activité doit être un élément d'une coutume, pratique ou tradition faisant partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique le droit en question. La Cour doit d'abord déterminer la nature précise du droit revendiqué, en tenant compte de facteurs tels que la nature de l'acte qui aurait été accompli en vertu d'un droit ancestral, la nature du règlement gouvernemental qui porterait atteinte à ce droit et la coutume, pratique ou tradition invoquée comme fondement de celui-ci. Les dispositions réglementaires interdisaient complètement la vente ou l'échange de saumon pris sans permis de pêche commerciale. Or, la vente de poisson par les bandes indiennes en cause était considérable.

La revendication du droit ancestral d'échanger du poisson commercialement impose à l'appelante un fardeau plus lourd que la revendication du droit d'échanger

fish for money or other goods in that the latter claim is subsumed by the larger claim to fish commercially. To prove the right to exchange fish for money or other goods, the appellant need only show that that exchange was integral to the distinctive native culture: however, to prove the right to exchange fish commercially, the appellant needs to go beyond that proof and demonstrate that that exchange, on a scale best characterized as commercial, was integral to the distinctive native culture. The aboriginal right claimed, therefore, was the right to exchange fish for money or other goods. The claim to the right to fish commercially need only be considered if this initial claim has been established.

The Court must determine whether the practice, custom or tradition claimed to be an aboriginal right was, prior to contact with Europeans, an integral part of the distinctive society of the aboriginal people in question. Normally, because the determination of whether or not an aboriginal right exists is specific to the particular aboriginal group claiming the right, distinctions between aboriginal claimants will be significant and important. Here, however, no significant distinction existed between the two bands selling the fish.

The determination of whether the aboriginal right claimed was an integral part of the distinctive native culture depends, in significant part, on the factual evidence. The findings of fact made by the trial judge should not, absent a palpable and overriding error, be overturned on appeal. A review of the evidence and transcripts demonstrated no such error.

The findings of fact made by the trial judge did not support the appellant's claim that, prior to contact, the exchange of fish for money or other goods was an integral part of the distinctive cultures of the native bands involved. The exchange of fish incidental to social and ceremonial occasions was not, itself, a sufficiently central, significant or defining feature of these societies to be recognized as an aboriginal right under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The exchange of fish, when taking place apart from the occasion to which such exchange was incidental, could not, even if that occasion were an integral part of the aboriginal society in question, constitute an aboriginal right. This conclusion

du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, en ce que cette dernière est subsumée dans la revendication plus vaste du droit à la pêche commerciale. Pour établir le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens, l'appelante n'a qu'à démontrer que cet échange faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive; en revanche, pour prouver l'existence du droit d'échanger du poisson commercialement, l'appelante doit aller au-delà de cette preuve et établir que cet échange, sur une échelle qu'il convient de qualifier de commerciale, faisait partie intégrante de la culture autochtone distinctive. Par conséquent, le droit ancestral revendiqué était le droit d'échanger du poisson contre de l'argent ou d'autres biens. La revendication du droit de pêcher commercialement ne sera examinée que si cette prétention initiale a été établie.

La Cour doit déterminer si, avant le contact avec les Européens, la coutume, la pratique ou la tradition que l'on prétend être un droit ancestral faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive en cause. Normalement, comme l'examen de la question de savoir si un droit ancestral existe ou non doit porter spécifiquement sur le groupe autochtone particulier qui revendique ce droit, les distinctions entre les différents demandeurs autochtones sont importantes. En l'espèce, toutefois, il n'y a pas de distinctions importantes entre les deux bandes ayant vendu le poisson.

La question de savoir si le droit ancestral revendiqué fait partie intégrante de la culture autochtone distinctive dépend, dans une large mesure, de la preuve factuelle. Les conclusions de fait tirées par le juge du procès ne doivent pas, en l'absence d'erreur manifeste et dominante, être modifiées en appel. L'examen de la preuve et de la transcription des débats n'a révélé aucune erreur de ce genre.

Les conclusions de fait du juge du procès n'appuient pas la prétention de l'appelante que, avant le contact avec les Européens, l'échange de poisson contre de l'argent ou d'autres biens faisait partie intégrante de la culture distinctive des bandes autochtones en cause. Les échanges de poisson accessoires à des événements sociaux et rituels ne sont pas, en soi, une caractéristique suffisamment fondamentale, importante ou déterminante de ces sociétés pour être reconnus comme un droit ancestral visé au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Les échanges de poisson qui ne surviennent pas dans le cadre de l'événement dont ils étaient un aspect accessoire ne peuvent constituer un droit ancestral, même si cet événement faisait partie intégrante de la société autochtone en question. Cette conclusion s'ap-

also disposed of the aboriginal right to fish commercially.

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Section 35(1) must be given a generous, large and liberal interpretation and uncertainties, ambiguities or doubts should be resolved in favour of the natives. Further, aboriginal rights must be construed in light of the special trust relationship and the responsibility of the Crown *vis-à-vis* aboriginal people. Finally, but most significantly, aboriginal rights protected under s. 35(1) have to be viewed in the context of the specific history and culture of the native society and with regard to native perspective on the meaning of the rights asserted.

The "frozen right" approach focusing on aboriginal practices should not be adopted. Instead, the definition of aboriginal rights should refer to the notion of "integral part of distinctive aboriginal culture" and should "permit the evolution of aboriginal rights over time". Case law on treaty and aboriginal rights relating to trade supports the making of a distinction between the sale, trade and barter of fish for, on the one hand, livelihood, support and sustenance purposes and for, on the other, purely commercial purposes. The delineation of aboriginal rights must be viewed on a continuum.

The facts did not support framing the issue in terms of commercial fishing. Transactions were not directed at providing an economic profit. The right claimed was the right to sell, trade and barter fish without more specification and not the right to fish commercially. Moreover, the impugned legislative provisions are not directed only at commercial fishing. They prohibit commercial and non-commercial sale, trade and barter of fish, including the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes. Consequently, the issue here is whether the band's right to fish includes the right to sell, trade and barter fish for livelihood, support and sustenance purposes.

An aboriginal practice, custom or tradition, to be recognized as a constitutionally protected aboriginal right, must be sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the particular group of aboriginal people for a substantial continuous period of time. The trial judge, when examining the historical evidence presented at trial, mischaracterized the aboriginal rights claimed, erred in his approach to the interpreta-

plique aussi quant au droit ancestral de pêcher commercialement.

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Le paragraphe 35(1) doit recevoir une interprétation généreuse, large et libérale, et les ambiguïtés, doutes ou incertitudes doivent être résolus en faveur des autochtones. En outre, les droits ancestraux doivent être interprétés à la lumière des rapports spéciaux de fiduciaire et de la responsabilité de Sa Majesté à l'égard des peuples autochtones. Enfin, ce qui est le plus important, les droits ancestraux protégés par le par. 35(1) doivent être interprétés à la lumière de l'histoire et de la culture de la société autochtone concernée, et en tenant compte du point de vue des autochtones eux-mêmes quant à la signification des droits revendiqués.

La méthode fondée sur les «droits figés», qui s'attache aux pratiques autochtones, ne devrait pas être adoptée. Au contraire, la définition des droits ancestraux devrait renvoyer à la notion de «partie intégrante d'une culture autochtone distinctive» et devrait «permettre aux droits d'évoluer avec le temps». La jurisprudence concernant les droits ancestraux ou issus de traités relatifs au commerce justifie que l'on fasse une distinction entre la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance d'une part, et la vente et l'échange de poisson à des fins purement commerciales d'autre part. La délimitation des droits ancestraux doit être envisagée dans un continuum.

Les faits de l'espèce ne permettaient pas de formuler la question sous l'angle de la pêche commerciale. Les opérations n'étaient pas destinées à réaliser des profits. Le droit revendiqué était le droit de vendre et d'échanger du poisson, sans autre précision, et non celui de pratiquer la pêche commerciale. De plus, les dispositions législatives contestées ne visent pas seulement la pêche commerciale. Elles interdisent la vente et l'échange de poisson à des fins commerciales et non commerciales, y compris la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance. En conséquence, la question en litige en l'espèce est de savoir si le droit de pêche de la bande inclut le droit de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance.

Pour être reconnue comme un droit constitutionnellement protégé, la coutume, la pratique ou la tradition autochtone doit avoir été suffisamment importante et fondamentale pour l'organisation sociale et la culture du groupe particulier d'autochtones, pendant une période considérable et ininterrompue. Lorsqu'il a examiné la preuve historique présentée, le juge du procès a mal caractérisé les droits ancestraux revendiqués, il a fait

tion of the nature and extent of such rights, and misapplied the test in *Sparrow*. These palpable and overriding errors conferred on an appellate court the right to intervene and to substitute its own findings of fact.

The evidence showed that the sale, trade and barter of fish for livelihood, support and sustenance purposes was sufficiently significant and fundamental to the culture and social organization of the native bands involved. The evidence also showed that they sold, traded and bartered fish for livelihood, support and sustenance purposes for a substantial continuous period of time. The type of aboriginal practices, customs and traditions, the particular aboriginal culture and society, and the reference period of 20 to 50 years were considered. Here, trade and exchange of salmon existed long before the first Europeans arrived.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to sell fish is limited to equivalence with what the aboriginal people in question historically took from the fishery according to aboriginal law and custom. The native people here established that right. They did not need to prove that their traditional ways were identical to those used by them in the fishery to-day. Such a requirement would preclude the adaptation of aboriginal peoples to the modern era.

Extinguishment

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): Aboriginal rights can be extinguished through a series of legislative acts. The intention to extinguish must nonetheless be clear and plain, in the sense that the government must address the aboriginal activities in question and explicitly extinguish them by making them no longer permissible. This is diametrically opposed to the position that extinguishment may be achieved by merely regulating an activity or that legislation necessarily inconsistent with the continued enjoyment of an aboriginal right can be deemed to extinguish it. Here, the legislation was insufficient to extinguish the aboriginal right to sell, trade and barter for livelihood, support and sustenance purposes. The statutes and regulations did not address aboriginal fishing in any way that demonstrates an intention to abolish aboriginal interest in the fishery.

erreur dans sa méthode d'interprétation de la nature et de la portée de ces droits et il a mal appliqué le critère établi dans l'arrêt *Sparrow*. Ces erreurs manifestes et dominantes conféraient à une cour d'appel le droit d'intervenir et de substituer son appréciation de la preuve à celle du juge du procès.

La preuve a établi que la vente et l'échange de poisson à des fins de subsistance avaient un caractère suffisamment important et fondamental pour l'organisation sociale et la culture des bandes autochtones en cause. La preuve a également établi que celles-ci ont vendu et échangé du poisson à des fins de subsistance pendant une période considérable et ininterrompue. On a tenu compte du type de coutumes, pratiques et traditions autochtones en cause, de la culture particulière de la société autochtone visée ainsi que de la période de référence de 20 à 50 ans. En l'espèce, le saumon a fait l'objet d'échanges longtemps avant l'arrivée des premiers Européens.

Le juge McLachlin (dissidente): Le droit ancestral de vendre du poisson se limite à l'équivalent de ce que les autochtones en cause ont tiré historiquement de la pêche conformément aux lois et coutumes autochtones. Les autochtones en cause en l'espèce ont établi l'existence de ce droit. Ils n'ont pas à prouver que la façon dont ils ont traditionnellement utilisé la pêche pour en tirer leur subsistance était identique à la façon dont ils s'y prennent aujourd'hui. Une telle exigence empêcherait les peuples autochtones de s'adapter au monde moderne.

Extinction

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): Les droits ancestraux peuvent être éteints par l'adoption d'une série de mesures législatives. Néanmoins, l'intention d'éteindre des droits doit être claire et expresse, en ce sens que le gouvernement doit viser les activités autochtones en question et les éteindre explicitement en interdisant désormais l'exercice. Cela va diamétralement à l'encontre de la thèse que l'extinction peut découler du seul fait de la réglementation d'une activité ou du fait de l'existence d'une mesure législative nécessairement incompatible avec la jouissance continue d'un droit ancestral. En l'espèce, les mesures législatives étaient insuffisantes pour éteindre le droit ancestral de vendre et d'échanger du poisson à des fins de subsistance. Les lois et les règlements ne visaient pas la pêche autochtone d'une manière qui démontre l'intention d'abolir l'intérêt des autochtones en ce qui concerne la pêche.

Per McLachlin J. (dissenting): The aboriginal right to trade fish for sustenance was not extinguished for the reasons given in *R. v. Van der Peet*.

Prima Facie Infringement

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The issue of *prima facie* infringement had to be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The evidence established an aboriginal right covering the activity at issue. The regulatory scheme infringed that right as it prohibited any sale of fish for sustenance and made no provision for satisfaction of the collective right. The size of the transaction alone did not rebut the *prima facie* infringement. The quantity of fish sold was relevant only in relation to the natives' sustenance needs. The aboriginal right was a collective one. Its infringement was established when the Crown failed to show that it had put in place a regulatory scheme that met the natives' collective right to trade in fish for sustenance.

Justification

Per L'Heureux-Dubé J. (dissenting): The issue of justification had to be remitted to trial since there was insufficient evidence to enable this Court to decide it.

Per McLachlin J. (dissenting): The infringement of the aboriginal right to sell fish for sustenance was not justified. To justify an infringement of an aboriginal right, the Crown must establish both that the law or regulation at issue was enacted for a "compelling and substantial" purpose, and that the law or regulation is consistent with the fiduciary duty of the Crown toward the aboriginal peoples. The Crown did not establish that the denial of the aboriginal right to sell fish for sustenance was required for conservation purposes or for other purposes related to the continued and responsible exploitation of the resource. Moreover, the total denial conflicted with the fiduciary duty of the Crown to permit

Le juge McLachlin (dissidente): Pour les motifs énoncés dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, le droit ancestral d'échanger du poisson à des fins de subsistance n'a pas été éteint.

Atteinte prima facie

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de l'atteinte *prima facie* doit être renvoyée à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de la trancher.

Le juge McLachlin (dissidente): La preuve a établi l'existence d'un droit ancestral visant l'activité en cause. Le régime de réglementation a porté atteinte à ce droit en ce qu'il interdisait complètement la vente de poisson à des fins de subsistance et ne contenait aucune disposition permettant de respecter le droit collectif. L'ampleur de l'opération n'écarte pas à elle seule l'atteinte à première vue. En effet, la quantité de poisson vendue n'était pertinente qu'en rapport avec les besoins des autochtones en matière de subsistance. Le droit ancestral était un droit collectif. L'existence d'une atteinte à ce droit ancestral a été établie dès lors que le ministère public n'a pu démontrer que l'État avait mis en place un régime de réglementation qui respectait le droit collectif des autochtones de faire le commerce du poisson à des fins de subsistance.

Justification

Le juge L'Heureux-Dubé (dissidente): La question de la justification doit être renvoyée à la juridiction de première instance en vue de la tenue d'un nouveau procès, étant donné que la preuve est insuffisante pour permettre à notre Cour de la trancher.

Le juge McLachlin (dissidente): L'atteinte au droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance n'a pas été justifiée. Pour justifier l'atteinte à un droit ancestral, le ministère public doit établir à la fois que la disposition législative ou réglementaire en cause a été adoptée dans la poursuite d'objectifs «impérieux et réels», et que cette disposition est compatible avec l'obligation de fiduciaire de l'État envers les peuples autochtones. Le ministère public n'a pas établi que la privation du droit ancestral de vendre du poisson à des fins de subsistance était nécessaire pour des objectifs de conservation ou d'autres objectifs liés à l'exploitation continue et responsable de la ressource. De plus, la pri-

exercice of a constitutionally guaranteed aboriginal right.

Cases Cited

By Lamer C.J.

Applied: *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; **referred to:** *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

By L'Heureux-Dubé J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507, rev'g (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Nikal*, [1996] 1 S.C.R. 1013; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Horseman*, [1990] 1 S.C.R. 901; *R. v. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein v. The Ship "Kathy K"*, [1976] 2 S.C.R. 802; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2; *Lensen v. Lensen*, [1987] 2 S.C.R. 672; *Laurentide Motels Ltd. v. Beauport (City)*, [1989] 1 S.C.R. 705; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation*, [1991] 2 S.C.R. 570; *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 S.C.R. 351; *R. v. Burns*, [1994] 1 S.C.R. 656; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Schwartz v. Canada*, [1996] 1 S.C.R. 254; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Baker Lake v. Minister of Indian Affairs and Northern Development*, [1980] 1 F.C. 518; *Simon v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 387; *United States v. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

By McLachlin J. (dissenting)

R. v. Van der Peet, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075.

Statutes and Regulations Cited

British Columbia Fishery (General) Regulations, SOR/84-248, ss. 4(5), 27(1), (5) [ad. SOR/85-290, s. 5].
Constitution Act, 1982, ss. 35(1), 52.
Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 61(1) [rep. & sub. S.C. 1976-77, c. 35, s. 18].
Indian Act, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 81(1)(o) [am. S.C. 1985, c. 27, s. 15.1(2)].
Sheshaht Band Fish By-Law, SOR/82-471.

variation totale de ce droit était incompatible avec l'obligation de fiduciaire qu'a l'État de permettre l'exercice d'un droit ancestral garanti par la Constitution.

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Lamer

Arrêt appliqué: *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; **arrêts mentionnés:** *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Citée par le juge L'Heureux-Dubé (dissidente)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507, inf. (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 75; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Nikal*, [1996] 1 R.C.S. 1013; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Horseman*, [1990] 1 R.C.S. 901; *R. c. Jones* (1993), 14 O.R. (3d) 421; *Delgamuukw c. British Columbia*, [1993] 5 W.W.R. 97; *Stein c. Le navire «Kathy K»*, [1976] 2 R.C.S. 802; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2; *Lensen c. Lensen*, [1987] 2 R.C.S. 672; *Laurentide Motels Ltd. c. Beauport (Ville)*, [1989] 1 R.C.S. 705; *Ontario (Procureur général) c. Bear Island Foundation*, [1991] 2 R.C.S. 570; *Lapointe c. Hôpital Le Gardeur*, [1992] 1 R.C.S. 351; *R. c. Burns*, [1994] 1 R.C.S. 656; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Schwartz c. Canada*, [1996] 1 R.C.S. 254; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Baker Lake c. Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien*, [1980] 1 C.F. 518; *Simon c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 387; *United States c. Santa Fe Pacific Railroad Co.*, 314 U.S. 339 (1941).

Citée par le juge McLachlin (dissidente)

R. c. Van der Peet, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075.

Lois et règlements cités

Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1), 52.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 81(1)(o) [mod. L.C. 1985, ch. 27, art. 15.1(2)].
Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 61(1) [abr. & rempl. S.C. 1976-77, ch. 35, art. 18].
Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique, DORS/84-248, art. 4(5), 27(1), (5) [aj. DORS/85-290, art. 5].
Sheshaht Band Fish By-Law, DORS/82-471.

Authors Cited

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «commerce».

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, dismissing an appeal from a judgment of Melvin Co. Ct. J. (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, dismissing an appeal from conviction by MacLeod Prov. Ct. J. Appeal dismissed, L'Heureux-Dubé and McLachlin JJ. dissenting.

David M. Rosenberg and Hugh Braker, for the appellant.

S. David Frankel, Q.C., and *Cheryl J. Tobias*, for the respondent.

Paul J. Pearlman, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Patrick G. Foy, for the intervener the Canadian National Railway Company.

J. Keith Lowes, for the intervener the Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, Q.C., and *Robert Lonergan*, for the interveners the British Columbia Fisheries Survival Coalition and the British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape and Robert C. Freedman, for the intervener the First Nations Summit.

Stuart Rush, Q.C., and *Michael Jackson*, for the interveners Delgamuukw et al.

Arthur C. Pape and Clayton C. Ruby, for the interveners Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese and Allan Gardner.

Doctrine citée

Concise Oxford Dictionary of Current English, 7th ed. Edited by J.B. Sykes. Oxford: Clarendon Press, 1982, «commerce».

New Encyclopaedia Britannica, vol. 6, 15th ed. Chicago: Encyclopaedia Britannica, 1990.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158, 29 B.C.A.C. 273, 48 W.A.C. 273, [1993] 5 W.W.R. 542, [1993] 4 C.N.L.R. 158, rejetant l'appel d'un jugement du juge Melvin de la Cour de comté (1990), 9 W.C.B. (2d) 439, qui avait rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge MacLeod de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté, les juges L'Heureux-Dubé et McLachlin sont dissidentes.

David M. Rosenberg et Hugh Braker, pour l'appelante.

S. David Frankel, c.r., et *Cheryl J. Tobias*, pour l'intimée.

Paul J. Pearlman, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Patrick G. Foy, pour l'intervenante la Compagnie des chemins de fer nationaux du Canada.

J. Keith Lowes, pour l'intervenant le Fisheries Council of British Columbia.

Christopher Harvey, c.r., et *Robert Lonergan*, pour les intervenantes la British Columbia Fisheries Survival Coalition et la British Columbia Wildlife Federation.

Harry A. Slade, Arthur C. Pape et Robert C. Freedman, pour l'intervenant le First Nations Summit.

Stuart Rush, c.r., et *Michael Jackson*, pour les intervenants Delgamuukw et autres.

Arthur C. Pape et Clayton C. Ruby, pour les intervenants Howard Pamajewon, Roger Jones, Arnold Gardner, Jack Pitchenese et Allan Gardner.

The judgment of Lamer C.J. and La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci and Major JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE —

I. Facts

1 The appellant, N.T.C. Smokehouse Ltd., is an incorporated company which owns and operates a food processing plant near Port Alberni, British Columbia. The appellant was charged under s. 61(1) of the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, with the offences of selling and purchasing fish not caught under the authority of a commercial fishing licence, contrary to s. 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*, SOR/84-248, and with the offences of selling and purchasing fish caught under the authority of an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations*.

2 The charges related to the purchase of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 7, 1986 and September 23, 1986, in which the appellant purchased 119 435 pounds of Chinook salmon caught by members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The Department of Fisheries and Oceans had issued Indian food fish licences authorizing members of both the Sheshaht and Opetchesaht bands to fish in the Somass River for three two-day periods between September 7, 1986 and September 23, 1986. All of the fish purchased by the appellant were caught under the authority of these Indian food fish licences.

3 The charges related to the sale of salmon by the appellant arose out of a series of transactions between September 8, 1986 and October 24, 1986, in which the appellant sold approximately 105 302 pounds of the chinook salmon which it had purchased from the members of the Sheshaht and Opetchesaht bands. The salmon were sold to Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. and Maranatha Seafoods Ltd.

Version française du jugement du juge en chef Lamer et des juges La Forest, Sopinka, Gonthier, Cory, Iacobucci et Major rendu par

LE JUGE EN CHEF —

I. Les faits

L'appelante, N.T.C. Smokehouse Ltd., est une société constituée en personne morale qui possède et exploite une usine de transformation alimentaire près de Port Alberni, en Colombie-Britannique. Elle a été accusée, en application du par. 61(1) de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, d'avoir acheté et d'avoir vendu du poisson qui n'avait pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, infractions prévues au par. 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*, DORS/84-248, et d'avoir acheté et vendu du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, infractions prévues au par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique*.

Les accusations concernant l'achat de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 7 et le 23 septembre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a acheté 119 435 livres de saumon quinnat pris par des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le ministère des Pêches et Océans avait délivré des permis de pêche de subsistance des Indiens autorisant des membres des deux bandes susmentionnées à pêcher dans la rivière Somass durant trois périodes de deux jours, entre le 7 et le 23 septembre 1986. Tout le poisson acheté par l'appelante a été pris en vertu de ces permis de pêche de subsistance des Indiens.

Les accusations concernant la vente de saumon par l'appelante découlaient d'une série d'opérations survenues entre le 8 septembre et le 24 octobre 1986 et dans le cadre desquelles celle-ci a vendu environ 105 302 livres de saumon quinnat qu'elle avait achetées à des membres des bandes de Sheshaht et d'Opetchesaht. Le saumon a été vendu aux entreprises suivantes: Jay Margetis Fish Ltd., Kingfisher Enterprises, Pacific Salmon Industries Ltd. et Maranatha Seafoods Ltd.

At the time at which the appellants were charged s. 27(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

27. . . .

(5) No person shall sell, barter or offer to sell or barter any fish caught under the authority of an Indian food fish licence.

Section 4(5) of the *British Columbia Fishery (General) Regulations* read:

4. . . .

(5) No person shall buy, sell, trade or barter or attempt to buy, sell, trade or barter fish or any portions thereof other than fish lawfully caught under the authority of a commercial fishing licence issued by the Minister or the Minister of Environment for British Columbia.

The appellant has not contested any of these facts, instead basing its defence on the position that, in these circumstances, the Regulations were in violation of the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* and were therefore, by operation of s. 52 of the *Constitution Act, 1982*, of no force or effect with respect to the appellant. Section 35(1) of the *Constitution Act, 1982* reads:

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

II. Judgments Below

Provincial Court

At trial the appellant argued that a by-law enacted by the Sheshaht Band, pursuant to s. 81(1)(o) of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, rendered the Regulations inapplicable. This argument was rejected by the trial judge on the grounds that the by-law does not apply to fishing in the Somass River because the Somass does not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve; this argument has not been pursued at this Court.

À la date où les accusations ont été déposées contre l'appelante, le par. 27(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* était ainsi rédigé:

27. . . .

(5) Il est interdit à quiconque de vendre, d'échanger ou d'offrir de vendre ou d'échanger du poisson pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens.

Le paragraphe 4(5) du *Règlement de pêche général de la Colombie-Britannique* portait:

4. . . .

(5) Il est interdit à quiconque d'acheter, de vendre, d'échanger ou de tenter d'acheter, de vendre ou d'échanger du poisson ou des parties de poisson, autre que du poisson pris légalement aux termes d'un permis de pêche commerciale délivré par le Ministre ou le *Minister of Environment* de la Colombie-Britannique.

L'appelante n'a contesté aucun de ces faits, fondant plutôt sa défense sur la thèse que, dans les circonstances, les dispositions réglementaires portaient atteinte aux droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et qu'elles étaient donc, par l'effet de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, inopérantes à son égard. Voici le texte du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*:

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

II. Les décisions des juridictions inférieures

Cour provinciale

Au procès, l'appelante a soutenu qu'un règlement administratif pris par la bande de Sheshaht, conformément à l'al. 81(1)(o) de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, rendait le Règlement inapplicable. Cet argument a été rejeté par le juge du procès pour le motif que le règlement administratif ne s'applique pas à la pêche dans la rivière Somass, étant donné que celle-ci ne se trouve pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Cet argument n'a pas été avancé devant notre Cour.

7 The appellant also argued that the Regulations violated the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish. The trial judge rejected this argument on the basis that while there was some evidence to suggest that exchange and trade of salmon had occurred amongst the Sheshaht and Opetchesaht, the evidence also suggested that "what sales were made were few and far between". In the result, the trial judge convicted the appellant of selling salmon caught pursuant to an Indian food fish licence, contrary to s. 27(5) of the Regulations, and of purchasing salmon that was not caught under the authority of a commercial licence, contrary to s. 4(5) of the Regulations. The other charges against the appellant were dismissed on the basis of the principle in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729.

County Court of Vancouver Island (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

8 The appellant's conviction was upheld by the County Court of Vancouver Island. Melvin Co. Ct. J. rejected the appellant's argument, abandoned on appeal to this Court, that the Fisheries Regulations were *ultra vires* the federal government. He also agreed with the trial judge that the Somass River fell outside of the boundaries of the Sheshaht Reserve, with the result that the Sheshaht by-law could not be used as a defence to the charges. Melvin Co. Ct. J. did not conclusively decide whether the appellant had established the aboriginal right of the Sheshaht and Opetchesaht to sell fish, disposing of the appellant's argument on this point on the basis that, even if such a right does exist, "the regulations as they exist are necessary for the proper management and conservation of the resource or in the public interest and as such are valid and enforceable". Melvin Co. Ct. J. did note, however, in agreement with the trial judge, that the evidence

L'appelante a également prétendu que le Règlement portait atteinte au droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Le juge du procès n'a pas retenu cet argument parce que, même s'il existait des éléments de preuve tendant à indiquer qu'il y avait eu commerce et échange de saumon entre les Sheshaht et les Opetchesaht, la preuve indiquait aussi que [TRADUCTION] «les ventes ont été plutôt rares». En conséquence, le juge du procès a déclaré l'appelante coupable d'avoir vendu du saumon pris en vertu d'un permis de pêche de subsistance des Indiens, contrairement au par. 27(5) du Règlement, et d'avoir acheté du saumon n'ayant pas été pris en vertu d'un permis de pêche commerciale, contrairement au par. 4(5) du Règlement. Les autres accusations portées contre l'appelante ont été rejetées en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729.

Cour de comté de l'île de Vancouver (1990), 9 W.C.B. (2d) 439

La déclaration de culpabilité de l'appelante a été confirmée par la Cour de comté de l'île de Vancouver. Le juge Melvin de la Cour de comté a rejeté l'argument avancé par l'appelante — et qui a été abandonné devant notre Cour — que le Règlement de pêche outrepassait le pouvoir du gouvernement fédéral. Il a également souscrit à l'avis du juge du procès que la rivière Somass ne se trouvait pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht et donc que le règlement administratif de la bande ne pouvait être invoqué en défense à l'encontre des accusations portées. Le juge Melvin n'a pas tranché de façon décisive la question de savoir si l'appelante avait établi le droit ancestral des Sheshaht et des Opetchesaht de vendre du poisson. Il a repoussé l'argument de l'appelante sur ce point pour le motif que, même si un tel droit existe, [TRADUCTION] «le règlement, tel qu'il existe, est soit nécessaire pour assurer une gestion et une conservation judicieuses de la ressource, soit dans l'intérêt public, et, à ce titre, il est valide et exécutoire». Le juge Melvin a cependant fait remarquer, à l'instar du juge du procès, que la preuve tendant à indiquer l'existence d'un droit d'échanger ou de

suggesting a right to exchange or sell salmon was "somewhat tenuous".

British Columbia Court of Appeal (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Wallace J.A., writing for himself and two others, upheld the judgments of the courts below, agreeing in substance with Melvin Co. Ct. J.'s disposition of the appellant's challenge to the authority of the federal government to enact the Regulations and with Melvin Co. Ct. J.'s decision that the Somass River did not fall within the boundaries of the Sheshaht Reserve. With regards to the aboriginal rights issue, Wallace J.A. held that the trial judge's ruling that the commercial sale of fish did not constitute an aboriginal right, because determined as a question of fact, should not be disturbed. Although unnecessary given his position on the existence of an aboriginal right, Wallace J.A. also briefly considered the question of whether the right had been extinguished. Wallace J.A. did not decide whether the government's actions would, if a right to sell fish had been found, have been sufficient to extinguish that right; however, he did hold, in disagreement with Lambert J.A., that this Court's decision in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, was not determinative of the issue.

Hutcheon J.A. concurred. With regards to the question of whether or not the appellant had demonstrated an aboriginal right, Hutcheon J.A., at p. 186, held that the question of whether the aboriginal rights of the Sheshaht and Opetchesaht included the right to sell fish is a "finding of fact based on the evidence" with the result that the Court of Appeal was "without jurisdiction to examine this ground of appeal".

Lambert J.A. dissented. He held that the trial judge made an error of law because only considering the situation of the Sheshaht and Opetchesaht peoples prior to contact, with the result that the Court of Appeal did have jurisdiction to review the

vendre du saumon était [TRADUCTION] «un peu mince».

Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1993), 80 B.C.L.R. (2d) 158

Écrivant en son nom et au nom de deux de ses collègues, le juge Wallace a confirmé les jugements des tribunaux inférieurs, souscrivant essentiellement à la décision du juge Melvin sur la contestation par l'appelante du pouvoir du gouvernement fédéral de prendre le règlement en cause et à la conclusion du juge Melvin que la rivière Somass ne se trouvait pas à l'intérieur des limites de la réserve de Sheshaht. Quant à la question des droits ancestraux, le juge Wallace a statué qu'il ne convenait pas de modifier la décision du juge Melvin que la vente de poisson à des fins commerciales n'était pas un droit ancestral, étant donné que ce point avait été tranché en tant que question de fait. Même si cela n'était pas nécessaire, compte tenu de sa décision sur l'existence d'un droit ancestral, le juge Wallace a examiné brièvement la question de savoir s'il y avait eu extinction du droit. Il n'a pas décidé si les mesures prises par le gouvernement auraient été suffisantes pour entraîner l'extinction du droit de vendre du poisson, si on avait conclu à l'existence d'un tel droit. Toutefois, contrairement au juge Lambert, il a statué que l'arrêt de notre Cour *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, n'avait pas tranché cette question de manière décisive.

Le juge Hutcheon a souscrit à l'avis de son collègue. Pour ce qui est de savoir si l'appelante avait fait la preuve de l'existence d'un droit ancestral, il a conclu, à la p. 186, que la réponse à la question de savoir si les droits ancestraux des Sheshaht et des Opetchesaht incluaient le droit de vendre du poisson était une [TRADUCTION] «conclusion de fait qui était fondée sur la preuve», de sorte que la Cour d'appel était [TRADUCTION] «incompétente pour examiner ce moyen d'appel».

Le juge Lambert a exprimé sa dissidence. Il a conclu que le juge du procès avait commis une erreur de droit en tenant compte seulement de la situation des Sheshaht et des Opetchesaht avant le contact avec les Européens, et que, en consé-