

**Lax Kw'alaams Indian Band, represented by Chief Councillor Garry Reece on his own behalf and on behalf of the members of the Lax Kw'alaams Indian Band, and others Appellants**

v.

**Attorney General of Canada and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia Respondents**

and

**Attorney General of Ontario, Metlakatla Band, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Gitxaala Nation, represented by Chief Elmer Moody on his own behalf and on behalf of the members of the Gitxaala Nation, and Te'Mexw Treaty Association Intervenors**

**INDEXED AS: LAX KW'ALAAMS INDIAN BAND v. CANADA (ATTORNEY GENERAL)**

**2011 SCC 56**

File No.: 33581.

2011: February 17; 2011: November 10.

Present: McLachlin C.J. and Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron and Rothstein JJ.

**ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA**

*Aboriginal law — Aboriginal rights — Fishing — Nature of pre-contact practice — Evolution of pre-contact practice — First Nations claiming rights to commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters — Whether pre-contact trade in specific fish product could evolve into modern commercial fishery — Constitution Act, 1982, s. 35(1).*

*Civil procedure — Pleadings — Aboriginal rights litigation — Whether Aboriginal rights claim should*

**Bande indienne des Lax Kw'alaams, représentée par le conseiller en chef Garry Reece en son propre nom et au nom des membres de la bande indienne des Lax Kw'alaams, et autres Appelants**

c.

**Procureur général du Canada et Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique Intimés**

et

**Procureur général de l'Ontario, Bande de Metlakatla, B.C. Wildlife Federation, B.C. Seafood Alliance, Nation Gitxaala, représentée par le chef Elmer Moody en son propre nom et au nom des membres de la Nation Gitxaala, et Association du traité des Te'Mexw Intervenants**

**RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE DES LAX KW'ALAAMS c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL)**

**2011 CSC 56**

Nº du greffe : 33581.

2011 : 17 février; 2011 : 10 novembre.

Présents : La juge en chef McLachlin et les juges Binnie, LeBel, Deschamps, Abella, Charron et Rothstein.

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

*Droit des Autochtones — Droits ancestraux — Pêche — Nature de la pratique précontact — Évolution de la pratique précontact — Premières nations revendiquant des droits de récolte et de vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles — Le commerce précontact d'un produit de la pêche particulier peut-il avoir évolué jusqu'à une pêche commerciale moderne? — Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).*

*Procédure civile — Actes de procédure — Litige sur les droits ancestraux — La revendication d'un droit*

*be characterized based on pleadings or a broader enquiry — Whether claim for declaration of “lesser” rights was properly presented in pleadings.*

*Aboriginal law — Fiduciary duty — Whether historical record supported existence of fiduciary duty to grant claimants right to modern commercial fishery.*

This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams and other First Nations (“Lax Kw'alaams”), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of “all species of fish” within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. The basis of the pre-contact society’s culture and sustenance was the fishery. It had a subsistence economy with some trade — primarily a gift exchange between kin at feasts and potlatches or the exchange of luxury goods. The harvesting and consumption of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish, and eulachon were integral to its distinctive culture, but trade in fish or fish products other than the grease derived from the smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle) was held not to be integral to the distinctive culture of the pre-contact society. Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose. Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as “low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact . . . kinship relations”.

The Lax Kw'alaams claimed not only the right to the commercial harvesting and sale of all species of fish within their traditional waters but asserted that the Crown has a fiduciary duty in that respect flowing from promises made in the reserve allocation process in the 1870s and 1880s. Finally, towards the end of the trial, they claimed what they described as lesser Aboriginal rights, including a right to sufficient fish which, “when converted to money”, would enable them to “develop

*ancestral doit-elle être caractérisée sur le fondement des actes de procédure ou d'une enquête plus générale? — Une déclaration reconnaissant un droit « moins » a-t-elle été dûment demandée dans la plaideoirie écrite?*

*Droit des Autochtones — Obligation fiduciaire — Les données historiques étaient-elles l’existence d’une obligation fiduciaire de reconnaître aux demandeurs le droit de pratiquer une pêche commerciale moderne?*

Le pourvoi porte sur la revendication, par les Lax Kw'alaams et d'autres premières nations (« Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s'étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement « toutes les espèces de poisson » vivant dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. Avant le contact avec les Européens, la subsistance et la culture de la société reposaient sur la pêche. Elle pratiquait une économie de subsistance et se livrait à une forme de commerce — principalement des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatches, ou des échanges de biens de luxe. La récolte et la consommation du saumon, du flétan, de la roche de hareng, des algues, des crustacés et de l'eulakane faisaient partie intégrante de leur culture distinctive, mais il a été statué que le commerce du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d'une graisse extraite d'un poisson qui ressemble à l'éperlan, l'eulakane ou poisson-chandelle (parce qu'on peut le brûler comme une chandelle une fois séché), ne faisait pas partie intégrante de la culture distinctive de la société précontact. La graisse d'eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison. La juge du procès a décrit le commerce d'autres espèces de poisson et produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, en disant qu'il « était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites [...] et était purement accessoire aux rapports entre parents [...] avant [le] contact avec les Européens ».

Les Lax Kw'alaams ont non seulement revendiqué le droit à la récolte et à la vente commerciales de toutes les espèces de poisson vivant dans leurs eaux traditionnelles, mais aussi affirmé que la Couronne a une obligation fiduciaire à cet égard en raison de promesses faites lors de l'attribution des réserves dans les années 1870 et 1880. Enfin, vers la fin du procès, ils ont revendiqué ce qu'ils ont qualifié de droits ancestraux moins, notamment le droit de pêcher suffisamment de poisson

and maintain a prosperous economy”, and a right to a food, social and ceremonial fishery.

The trial judge was not persuaded that the pre-contact customs, practices, and traditions supported the claimed Aboriginal rights to commercial activities and dismissed the claims. The Court of Appeal agreed and dismissed the appeal.

*Held:* The appeal should be dismissed.

The practices, customs and traditions of the pre-contact society do not provide an evidentiary springboard to a constitutionally protected Aboriginal right to harvest and sell all varieties of fish in a modern commercial fishery. The pre-contact society was not a trading people, except with respect to eulachon grease. As the trial judge found, such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral to the pre-contact society and did not define what made the pre-contact society what it was.

The Lax Kw'alaams contend that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support. In their view “before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group”. This is not correct. When dealing with a s. 35(1) claim, the court should begin by characterizing the claimed Aboriginal right based on the pleadings. Making findings about the pre-contact way of life of the claimant group before characterizing the claimed right — the “commission of inquiry” approach — is not suitable in civil litigation, even in Aboriginal cases, where procedural rules are generously interpreted to facilitate the resolution of the underlying controversies in the public interest. Following that model would be illogical and contrary to authority, and would defy the relevant rules of civil procedure. Although the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice (including the amendment of pleadings), a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. Having characterized the claim, the court should determine whether the First Nation has proved the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings and that this practice was integral to the distinctive pre-contact society. Then, taking a generous though realistic approach, the court should determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the integral pre-contact practice. Finally, if the claimed right is found to

pour que ces prises, « une fois converties en argent », leur permettent de « développer et de maintenir une économie prospère » et le droit de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

La juge du procès n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions précontact étaient l'existence d'un droit ancestral à des activités commerciales et elle a rejeté les revendications. La Cour d'appel était d'accord avec elle et elle a rejeté l'appel.

*Arrêt :* Le pourvoi est rejeté.

Les pratiques, coutumes et traditions de la société précontact ne peuvent servir de tremplin, sur le plan de la preuve, à un droit ancestral protégé constitutionnellement de récolter et de vendre toutes les sortes de poisson par la pratique d'une pêche commerciale moderne. La société précontact n'était pas un peuple qui faisait du commerce, sauf en ce qui concerne la graisse d'eulakane. La juge du procès a conclu que le commerce sporadique des autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était accessoire à la société précontact et ne faisait pas d'elle ce qu'elle était.

Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer. Selon eux, « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs ». Cela est inexact. Le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) doit commencer par caractériser le droit ancestral revendiqué à partir des actes de procédure. Tirer des conclusions sur le mode de vie précontact du groupe de demandeurs avant de caractériser le droit revendiqué — soit, suivre la méthode apparentée à une « commission d'enquête » — ne convient pas dans un procès civil, même dans les affaires autochtones où les règles de procédure sont interprétées de façon libérale, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l'intérêt public. Appliquer cette méthode serait illogique, en discordance avec la jurisprudence et contraire aux règles de procédure civile applicables. Bien que les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue (y compris par la modification des actes de procédure), il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. Une fois la revendication caractérisée, le tribunal doit déterminer si la première nation a établi l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans la procédure écrite et le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société distinctive avant son contact avec les Européens. Ensuite,

exist, it should be delineated with regard to conservation goals and other relevant objectives.

In this case, the attempt to build a modern commercial fishery on the narrow support of a limited ancestral trade in eulachon grease lacks sufficient continuity and proportionality. While an Aboriginal right is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, the claim in this case to a general commercial fishery would create a right qualitatively and quantitatively different from the pre-contact trade in eulachon grease. Qualitatively, trade in fish and fish products other than eulachon grease was peripheral to the pre-contact society. It is not enough to show that some element of trade was part of the pre-contact way of life if it was not distinctive or integral to that way of life. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact economy. Quantitatively, the short eulachon season and the laborious extraction method was likely of limited value relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive pre-contact people.

As to the claims to lesser rights, the conclusion that trade in fish apart from eulachon grease was not integral to the pre-contact society was as fatal to these claims as it was to the greater commercial claim. Further, had the claim to lesser rights been justified, it bristled with difficulty. The Crown was entitled to proper notice of what was being sought and to test the evidence directed to that issue, but the focus of the pleadings and evidence was on the claim to a commercial fishery, not the lesser rights. It was not clear what the claim meant, how it would be implemented, what standard of prosperity was sought, or the basis on which it would be quantified. All of these matters had far-reaching implications for fisheries management.

As to the claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes, the

le tribunal doit déterminer, en adoptant une approche libérale, mais réaliste, s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact faisant partie intégrante de la société. Enfin, si l'on constate l'existence du droit revendiqué, il faut en déterminer la teneur en tenant compte des objectifs de conservation et des autres objectifs pertinents.

En l'espèce, la tentative d'instaurer une pêche commerciale moderne sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral limité de la graisse d'eulakane ne comporte pas la continuité et la proportionnalité voulues. Bien qu'un droit ancestral soit susceptible d'évoluer, quant à son objet et à son mode d'exercice, la revendication en l'espèce d'un droit de pêche commerciale générale créerait un droit différent du commerce précontact de la graisse d'eulakane sur les plans qualitatif et quantitatif. Sur le plan qualitatif, le commerce d'autres espèces de poisson ou produits de la pêche que la graisse d'eulakane était accessoire à la société précontact. Il ne suffit pas de démontrer qu'une certaine forme de commerce faisait partie du mode de vie précontact, si elle n'en était pas un élément distinctif ou n'en faisait pas partie intégrante. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact. Sur le plan quantitatif, la courte durée de la saison de la pêche à l'eulakane et la méthode laborieuse d'extraction de la graisse avaient une valeur limitée par rapport à l'ensemble de la pêche précontact pratiquée par le peuple précontact vaillant et ingénieux.

En ce qui concerne la revendication de droits moins importants, la conclusion que le commerce du poisson, hormis celui de la graisse d'eulakane, ne faisait pas partie intégrante de la société précontact portait un coup aussi fatal à cette revendication qu'à celle d'un droit commercial plus étendu. De plus, si la revendication de droits moins importants avait été justifiée, elle comportait de nombreuses difficultés. La Couronne avait le droit d'être informée correctement de ce qui était demandé et de mettre à l'épreuve les éléments présentés à l'appui, mais les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication du droit de pêcher commercialement, et non de droits moins importants. On ne savait pas avec certitude ce que signifiait la revendication, comment elle serait mise en œuvre, quelle était la norme de prospérité proposée ni sur quel fondement elle serait établie. Toutes ces questions avaient de très grandes conséquences sur la gestion des pêches.

En ce qui a trait à la revendication du droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles,

Lax Kw'alaams presently hold communal Aboriginal licences in these respects. Their entitlement seems not to be contentious, and, as courts generally do not make declarations in the absence of a live controversy, it was within the trial judge's discretion to refuse to make such a declaration.

The arguments based on fiduciary duty or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them. The Crown had not made express or implied promises of any preferential access to the commercial fishery, and had made its intention to treat Aboriginal fishers in the same manner as other fishers clear.

### Cases Cited

**Distinguished:** *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686; *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821; **referred to:** *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533; *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456.

### Statutes and Regulations Cited

*Constitution Act, 1982*, s. 35(1).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

### Authors Cited

Mitchell, Donald, and Leland Donald. "Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery" (2001), 43 *Anthropologica* 19.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett JJ.A.), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, affirming a decision of Satanove J., 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Appeal dismissed.

*John R. Rich, F. Matthew Kirchner and Lisa C. Glowacki*, for the appellants.

les Lax Kw'alaams détiennent actuellement des permis de pêche communautaires des Autochtones à ces fins. Leur droit ne semble pas être litigieux et, comme en règle générale les tribunaux ne font pas de déclaration en l'absence de litige actuel, le refus de faire pareille déclaration relevait du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

Les arguments fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer. La Couronne n'avait fait aucune promesse expresse ou implicite d'un quelconque droit préférentiel de pêcher commercialement et avait exprimé sans équivoque son intention d'accorder aux pêcheurs autochtones le même traitement qu'aux autres pêcheurs.

### Jurisprudence

**Distinction d'avec les arrêts :** *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686; *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821; **arrêts mentionnés :** *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533; *Ahousaht Indian Band c. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456.

### Lois et règlements cités

*Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).  
*Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

### Doctrine citée

Mitchell, Donald, and Leland Donald. « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88, 475 W.A.C. 88, 314 D.L.R. (4th) 385, [2010] 1 C.N.L.R. 278, [2009] B.C.J. No. 2556 (QL), 2009 CarswellBC 3479, qui a confirmé une décision de la juge Satanove, 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158, [2008] B.C.J. No. 652 (QL), 2008 CarswellBC 735. Pourvoi rejeté.

*John R. Rich, F. Matthew Kirchner et Lisa C. Glowacki*, pour les appellants.

*Cheryl J. Tobias, Q.C., Sharlene Telles-Langdon and James M. Mackenzie*, for the respondent the Attorney General of Canada.

*Patrick G. Foy, Q.C.*, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

*Malliha Wilson and Michael E. Burke*, for the intervener the Attorney General of Ontario.

*Maria Morellato, Q.C.*, and *Cheryl Sharvit*, for the intervener the Metlakatla Band.

*J. Keith Lowes*, for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance.

*David M. Robbins and Jay Nelson*, for the intervener the Gitxaala Nation.

*Robert J. M. Janes and Sarah E. Sharp*, for the intervener the Te'Mexw Treaty Association.

The judgment of the Court was delivered by

[1] **BINNIE J.** — This appeal involves the claim of the Lax Kw'alaams First Nation and other First Nations listed in the Appendix to these reasons (herein collectively referred to as “Lax Kw'alaams”), whose ancestral lands stretch along the northwest coast of British Columbia between the estuaries of the Nass and lower Skeena rivers, to the commercial harvesting and sale of “all species of fish” within their traditional waters. Such an Aboriginal fishery would be within the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, subject only to such limits as can be justified under the test in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075. The commercial fisheries claim was part of a larger action asserting Aboriginal title, but the Aboriginal title issue was severed and has yet to go to trial.

*Cheryl J. Tobias, c.r., Sharlene Telles-Langdon et James M. Mackenzie*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

*Patrick G. Foy, c.r.*, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

*Malliha Wilson et Michael E. Burke*, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

*Maria Morellato, c.r.*, et *Cheryl Sharvit*, pour l'intervenante la Bande de Metlakatla.

*J. Keith Lowes*, pour les intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance.

*David M. Robbins et Jay Nelson*, pour l'intervenante la Nation Gitxaala.

*Robert J. M. Janes et Sarah E. Sharp*, pour l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw.

Version française du jugement de la Cour rendu par

[1] **LE JUGE BINNIE** — Le présent pourvoi porte sur la revendication, par la Première Nation des Lax Kw'alaams et d'autres premières nations dont la liste est jointe en annexe aux présents motifs (appelées collectivement « Lax Kw'alaams ») — dont les terres ancestrales s'étendent le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique entre les estuaires de la rivière Nass et du cours inférieur de la rivière Skeena —, du droit de récolter et de vendre commercialement [TRADUCTION] « toutes les espèces de poisson » qui vivent dans leurs eaux traditionnelles. Pareille pêche autochtone serait protégée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, sous réserve des seules restrictions justifiables selon le test établi dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075. La revendication relative à la pêche commerciale faisait partie d'une action plus vaste visant la reconnaissance d'un titre aborigène, mais la question du titre aborigène a été dissociée de l'instance et elle n'a pas encore été instruite.

[2] The trial judge rejected the commercial fisheries claim on the basis that, despite a year of factual and expert evidence, she was not persuaded that the Coast Tsimshian people's pre-contact customs, practices, and traditions supported such an Aboriginal right (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). To the limited extent that the Coast Tsimshian traded in fish and fish products, such trade was specific to a product derived from a single species, the eulachon. Trade in fish more generally was not integral to their distinctive society and thus did not provide a foundation for a s. 35(1) Aboriginal right to a modern wealth-generating "industrial" fishery. This conclusion was upheld by the British Columbia Court of Appeal (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). The Lax Kw'alaams say that the courts below erred in their approach to the characterization of the claim, and consequently failed to analyse comprehensively the evidence in its support.

[3] In the alternative, the Lax Kw'alaams argue that, quite apart from an Aboriginal right to harvest and sell fish on a full commercial scale, the evidentiary record establishes a variety of "lesser and included" Aboriginal rights, notably the right to a more limited commercial fishery (based in part on the traditional potlatch exchange) consisting of a right to harvest and sell fish and fish products sufficient "to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy" (Second Amended Statement of Claim, at para. 31). They seek, in the further alternative, a still more limited Aboriginal right to a food, social and ceremonial fishery. The British Columbia Court of Appeal decided, having regard to the state of the pleadings and the way in which the 126-day trial had unfolded, that the trial judge's decision not to deal with "lesser" or "included" rights was a "judgment call" which she was entitled to make. In the trial judge's view, the trial from first to last had been about the right to a full-blown commercial

[2] La juge du procès a rejeté la revendication du droit de pêche commerciale parce que, malgré la preuve factuelle et la preuve d'expert dont la présentation s'est échelonnée sur une année entière, elle n'était pas convaincue que les coutumes, pratiques et traditions des Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens étaient l'existence d'un tel droit ancestral (2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158). Dans la mesure, limitée, où les Tsimshians de la côte faisaient le commerce du poisson et des produits de la pêche, ce commerce était propre à un produit dérivé d'une seule espèce, l'eulakane. Le commerce du poisson en général ne faisait pas partie intégrante de leur société distinctive et ne pouvait donc servir d'assise à un droit ancestral, garanti par le par. 35(1), de pratiquer une pêche « industrielle » moderne, génératrice de richesse. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a confirmé cette conclusion (2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88). Les Lax Kw'alaams soutiennent que les juridictions inférieures ont utilisé une méthode erronée pour caractériser leur revendication et que, par conséquent, elles n'ont pas analysé de façon exhaustive la preuve produite pour l'étayer.

[3] Les Lax Kw'alaams soutiennent subsidiairement que la preuve au dossier établit, indépendamment d'un droit ancestral de récolter et de vendre du poisson à une échelle commerciale à part entière, un éventail de droits ancestraux « moins et inclus », dont le droit de pratiquer une pêche commerciale plus restreinte (fondé en partie sur les échanges traditionnels lors des potlatches), c'est-à-dire le droit de récolter et de vendre suffisamment de poisson et de produits de la pêche [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse, et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31). Les Lax Kw'alaams revendiquent aussi subsidiairement un droit ancestral encore plus restreint, soit celui de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a décidé que, compte tenu des actes de procédure, tels qu'ils ont été présentés, et du déroulement du procès qui a duré 126 jours, le refus de la juge du procès de se prononcer sur les droits [TRADUCTION] « "moindres" ou

fishery. Everything else was peripheral and not fully presented.

[4] The Lax Kw'alaams also support their claims on the basis of alleged promises by government officials (thus implicating the honour of the Crown) at the time of reserve creation in the 1880s. This, too, was rejected by the trial judge on the basis that no such promises had ever been made. Her finding of fact in this respect was also accepted by the British Columbia Court of Appeal.

[5] For the reasons that follow, I would uphold the conclusion of the Court of Appeal on all issues and dismiss the appeal.

## I. Overview

[6] The trial judge acknowledged that prior to contact with Europeans, the Coast Tsimshian largely sustained themselves by an extensive fishery. They did not, however, engage in any significant *trade* in fish or fish products except for a grease derived from a smelt-like species called the eulachon or candle fish (because when dried it could be burned like a candle). Such other trade in fish or fish products as took place was described by the trial judge as “low volume, opportunistic, irregular . . . and incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch and ranked society” (para. 496).

[7] Eulachon were harvested for a few weeks every spring at the Nass River. The trial judge held:

In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the

“inclus” » était une « question d’appréciation » qui relevait de sa compétence. Selon la juge, du début à la fin du procès, il avait toujours été question du droit de pratiquer une pêche commerciale pleine et entière. Tout le reste était accessoire et n’a pas été vraiment plaidé.

[4] Les Lax Kw'alaams appuient en outre leurs revendications sur de prétendues promesses que leur auraient faites des représentants du gouvernement (mettant en cause l'honneur de la Couronne) lorsque les réserves ont été créées dans les années 1880. La juge du procès a également rejeté cet argument, ayant conclu qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite à quelque moment que ce soit. Sa conclusion de fait à cet égard a aussi été retenue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique.

[5] Pour les motifs exposés ci-après, je suis d'avis de confirmer la conclusion de la Cour d'appel sur toutes les questions et de rejeter le pourvoi.

## I. Aperçu

[6] La juge du procès a reconnu que les Tsimshians de la côte, avant leur contact avec les Européens, subvenaient en grande partie à leurs besoins en pratiquant une pêche de grande envergure. Ils ne faisaient toutefois pas véritablement le *commerce* du poisson ou des produits de la pêche, sauf celui d'une graisse extraite d'un poisson qui ressemble à l'éperlan, l'eulakane, aussi appelé poisson-chandelle (parce qu'on peut le brûler comme une chandelle une fois séché). En ce qui concerne les autres espèces de poisson et produits de la pêche, la juge du procès a dit que leur commerce [TRADUCTION] « était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites [ . . . ] et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens » (par. 496).

[7] On récoltait l'eulakane chaque printemps pendant quelques semaines dans la rivière Nass. La juge du procès a affirmé :

[TRADUCTION] J'estime qu'on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que

Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

A key issue in the case is therefore the question of continuity between the Coast Tsimshian people's pre-contact practice of rendering eulachon grease and trading the product thereby generated, on the one hand, and, on the other hand, their claim to a contemporary commercial fishery of all species for sale to non-Aboriginal as well as Aboriginal members of the public. The legal requirement for continuity between ancestral practices, customs and traditions and the modern claimed Aboriginal right incorporates, of course, an allowance for logical evolution within limits. This case, in part, is about where such limits should be drawn.

[8] The Lax Kw'alaams live in the twenty-first century, not the eighteenth, and are entitled to the benefits (as well as the burdens) of changing times. However, allowance for natural evolution does not justify the award of a quantitatively and qualitatively different right. It was in part the lack of continuity and proportionality in the Lax Kw'alaams' attempt to build a full-blown twenty-first century commercial fishery on the narrow support of an ancestral trade in eulachon grease that concerned the trial judge. Her concern, in my view, was well founded.

[9] The trial judge held that the focus of the pleadings and evidence was on the Lax Kw'alaams' claim to a commercial fishery. Their later argument about "lesser and included rights" seems to have been borrowed hastily from criminal law and did not surface at trial in any significant way until the final argument. The trial judge considered the defendant governments to have been prejudiced by what she saw as the Lax Kw'alaams' belated attempt to recast the claim.

[10] The argument about "lesser and included rights" is more procedural than substantive in

le commerce de la graisse d'eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu'ils revendiquent. [par. 501]

Il est donc essentiel, en l'espèce, d'examiner la question de la continuité entre, d'une part, l' extraction de la graisse d'eulakane et l'échange du produit ainsi obtenu que pratiquaient les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens et, d'autre part, leur revendication du droit de pêcher commercialement toutes les espèces de poisson pour les vendre tant à des non-Autochtones qu'à des Autochtones. L'exigence juridique de la continuité entre les pratiques, coutumes et traditions ancestrales et le droit ancestral contemporain revendiqué admet évidemment une évolution logique à l'intérieur de certaines limites. Dans le présent pourvoi, il s'agit notamment de tracer ces limites.

[8] Les Lax Kw'alaams ne vivent plus au XVIII<sup>e</sup> siècle, mais au XXI<sup>e</sup> siècle, et ils ont droit aux avantages (et aux inconvénients) résultant des changements survenus avec le temps. Toutefois, la reconnaissance d'une évolution naturelle ne justifie pas l'octroi d'un droit différent sur les plans quantitatif et qualitatif. C'était en partie l'absence de continuité et de proportionnalité dans la tentative des Lax Kw'alaams d'instaurer une pêche commerciale pleine et entière au XXI<sup>e</sup> siècle sur un fondement aussi étroit que le commerce ancestral de la graisse d'eulakane qui préoccupait la juge du procès. Sa préoccupation était, à mon avis, bien fondée.

[9] Selon la juge du procès, les actes de procédure et la preuve étaient centrés sur la revendication par les Lax Kw'alaams du droit de pêcher commercialement. Leur prétention ultérieure à des « droits moindres et inclus » semble avoir été empruntée à la hâte au droit criminel et n'a pas vraiment émergé au procès avant la plaidoirie finale. La juge du procès a estimé que ce qu'elle percevait comme une tentative tardive des Lax Kw'alaams de reformuler leur revendication a porté préjudice aux gouvernements défendeurs.

[10] L'argument relatif aux « droits moindres et inclus » relève davantage de la procédure que du

nature, although, as will be discussed, the basis of the trial judge's rejection of the larger commercial right seems to me largely to dispose of the Lax Kw'alaams' claim to a lesser commercial right as well.

[11] The courts (including this Court) have long urged the negotiation of Aboriginal and treaty claims. If litigation becomes necessary, however, we have also said that such complex issues would be better sorted out in civil actions for declaratory relief rather than within the confines of regulatory proceedings. In a fisheries prosecution, for example, there are no pleadings, no pre-trial discovery, and few of the procedural advantages afforded by the civil rules of practice to facilitate a full hearing of all relevant issues. Such potential advantages are dissipated, however, if the ordinary rules governing civil litigation, including the rules of pleading, are not respected. It would not be in the public interest to permit a civil trial to lapse into a sort of free-ranging general inquiry into the practices and customs of pre-contact Aboriginal peoples from which, at the end of the day, the trial judge would be expected to put together a report on what Aboriginal rights might, if properly raised in the pleadings, have been established.

[12] At this point in the evolution of Aboriginal rights litigation, the contending parties are generally well resourced and represented by experienced counsel. Litigation is invariably preceded by extensive historical research, disclosure, and negotiation. If negotiations fail, the rules of pleading and trial practice are well understood. Tactical decisions are made on all sides. It is true, of course, that Aboriginal law has as its fundamental objective the reconciliation of Canada's Aboriginal and non-Aboriginal communities, and that the special relationship that exists between the Crown and Aboriginal peoples has no equivalent to the usual courtroom antagonism of warring commercial

fond, bien que, comme nous le verrons, les motifs pour lesquels la juge du procès a rejeté la revendication du droit à une pêche commerciale plus générale déterminent aussi en grande partie, à mon avis, le sort de la revendication, par les Lax Kw'alaams, d'un droit à une pêche commerciale plus restreinte.

[11] Les tribunaux (y compris notre Cour) appellent depuis longtemps à un règlement négocié des revendications de droits ancestraux ou issus de traités. Si, toutefois, un recours en justice devient nécessaire, notre Cour a aussi mentionné qu'il vaut mieux trancher des questions aussi complexes dans le cadre d'une action civile en jugement déclaratoire plutôt que dans le cadre limité d'une procédure réglementaire. Dans une poursuite pour une infraction relative à la pêche, par exemple, il n'y a ni acte de procédure, ni interrogatoire préalable et seulement quelques-uns des avantages d'ordre procédural qu'offrent les règles de procédure civile pour faciliter l'instruction complète de toutes les questions pertinentes. Toutefois, ces avantages potentiels s'envolent si les règles habituelles régissant les instances civiles, et notamment la plaidoirie, ne sont pas respectées. Il ne serait pas dans l'intérêt public de permettre qu'un procès civil se transforme en une sorte d'enquête générale tous azimuts sur les pratiques et coutumes précontact des peuples autochtones, à l'issue de laquelle le juge du procès aurait à dresser un rapport indiquant quels droits ancestraux pourraient avoir été établis, à condition d'avoir été évoqués comme il se doit dans les actes de procédure.

[12] À ce stade de l'évolution des litiges sur les droits ancestraux, la plupart des parties qui s'affrontent disposent d'abondantes ressources et sont représentées par des avocats d'expérience. Chaque instance est invariablement précédée d'une recherche historique approfondie, de la communication de renseignements et de négociations. Lorsque les négociations avortent, les parties connaissent bien les règles qui régissent la plaidoirie écrite et l'instruction. Elles prennent, de part et d'autre, des décisions stratégiques. Il est vrai, bien sûr, que l'objectif fondamental du droit des Autochtones est la réconciliation des collectivités autochtones et non autochtones du Canada, et que la relation spéciale

entities. Nevertheless, Aboriginal rights litigation is of great importance to non-Aboriginal communities as well as to Aboriginal communities, and to the economic well-being of both. The existence and scope of Aboriginal rights protected as they are under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, must be determined after a full hearing that is fair to all the stakeholders.

[13] As to the “honour of the Crown” and “fiduciary duties” branches of the Lax Kw’alaams’ claim, the trial judge held that no factual basis had been laid for such relief. She held that there was no relevant unilateral promise by the Crown in the reserve allocation process or otherwise, let alone a treaty. Accordingly, there was no conduct by the Crown by which the obligations claimed to exist could be generated. The honour of the Crown is a general principle that underlies all of the Crown’s dealings with Aboriginal peoples, but it cannot be used to call into existence undertakings that were never given.

[14] Finally, and somewhat belatedly, the Lax Kw’alaams brought to the forefront a claim to an Aboriginal right to a fishery for food, social and ceremonial purposes. The Lax Kw’alaams presently hold federal fisheries licences for these purposes. Their entitlement seems not to be a contentious issue. It was therefore not an issue of significance in the present litigation. Courts generally do not make declarations in relation to matters not in dispute between the parties to the litigation and it was certainly within the discretion of the trial judge to refuse to do so here.

## II. Facts

### A. *Historical Background*

[15] The Lax Kw’alaams First Nation consists of the descendants of an ancient “fishing people”

qui existe entre la Couronne et les peuples autochtones ne trouve pas d’équivalent dans les batailles judiciaires habituelles entre des entités commerciales aux intérêts opposés. Les litiges sur les droits ancestraux revêtent néanmoins une grande importance tant pour les collectivités non autochtones que pour les collectivités autochtones et pour le bien-être économique des unes et des autres. Une décision sur l’existence et la portée de droits ancestraux garantis par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* ne peut être rendue qu’après une audition complète et équitable pour tous les intéressés.

[13] Quant aux volets de la revendication des Lax Kw’alaams fondés sur les « obligations fiduciaires » et l’« honneur de la Couronne », la juge du procès a conclu qu’aucun fondement factuel n’avait été établi pour les étayer. Elle a conclu qu’il n’existant aucune promesse unilatérale pertinente qui aurait été faite par la Couronne lors de l’attribution des réserves ou à une autre occasion, et encore moins de traité. Aucun acte de la Couronne n’a donc pu donner naissance aux obligations alléguées. L’honneur de la Couronne est un principe général qui sous-tend tous les rapports de la Couronne avec les peuples autochtones, mais on ne peut y avoir recours pour créer des engagements qui n’ont jamais été pris.

[14] Finalement, et quelque peu tardivement, les Lax Kw’alaams ont revendiqué au premier plan le droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles. Les Lax Kw’alaams détiennent actuellement à ces fins des permis de pêche délivrés par le gouvernement fédéral. Leur droit ne semble pas être litigieux. Il n’était donc pas réellement en cause en l’espèce. En règle générale, les tribunaux ne rendent pas de jugement déclaratoire sur des questions qui ne sont pas en litige entre les parties, et le refus de le faire en l’espèce relevait assurément du pouvoir discrétionnaire de la juge du procès.

## II. Les faits

### A. *Historique*

[15] La Première Nation des Lax Kw’alaams est constituée des descendants d’un ancien

comprising the several tribes or houses of the Coast Tsimshian. In their traditional territories and fishing sites along the northwest coast of British Columbia salmon and other fish were in abundant supply. The Coast Tsimshian were organized into a sophisticated society characterized by complex relationships based on “rank” and kinship. Their “seasonal round” of activity was determined largely by the availability and location of salmon, halibut, herring spawn, seaweed, shellfish and the eulachon. According to the trial judge, the salmon and eulachon

were revered in ritual, endowed with supernatural qualities in the halait, or adaawx, and formed the core of the subsistence economy. All other Fish Resources pale by comparison. [para. 225]

[16] The trial judge found that pre-contact (said to be around 1793) “the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture” (para. 494). The Coast Tsimshian people had existed primarily “within a subsistence economy” although “some form of loosely termed trade” prior to contact had been shown (para. 495). Such trade had involved ‘primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium [shellfish gathered from the ocean floor] and eulachon grease” (*ibid.*).

[17] On appeal, the eulachon became central to the claim for an Aboriginal right to a modern commercial fishery. These fish were harvested for a few weeks in late winter (primarily, if not entirely, at locations along the Nass River) and were eaten fresh, smoked or dried for later use, or rendered into oil or grease by a process described as follows:

[TRADUCTION] « peuple de pêcheurs » regroupant les diverses tribus ou maisons des Tsimshians de la côte. Le saumon et d’autres poissons vivaient en abondance sur leurs territoires et dans leurs lieux de pêche traditionnels situés le long de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. Les Tsimshians de la côte étaient organisés en société évoluée qui se caractérisait par des rapports complexes fondés sur le « rang » et les liens du sang. Leurs [TRADUCTION] « activités saisonnières » étaient largement fonction de la disponibilité du saumon, du flétan, de la rogne de hareng, des algues, des crustacés et de l’eulakane ainsi que de l’endroit où les trouver. Selon la juge du procès, le saumon et l’eulakane

[TRADUCTION] étaient vénérés lors des cérémonies et on leur attribuait des pouvoirs surnaturels dans le *halait* ou l’*adaawx*, et ils constituaient la base de l’économie de subsistance. Les autres ressources halieutiques avaient très peu d’importance en comparaison. [par. 225]

[16] La juge du procès a conclu qu’avant le contact avec les Européens, vers 1793, [TRADUCTION] « la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l’accumulation de provisions pour l’hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494). Les Tsimshians de la côte pratiquaient surtout « une économie de subsistance », même s’il a été démontré qu’ils se livraient à une « forme de commerce au sens large » à l’époque précontact (par. 495). Pareil commerce consistait « principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatchs, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium [crustacé pêché au fond de l’océan] et de la graisse d’eulakane » (*ibid.*).

[17] En appel, l’eulakane est devenu un élément clé de la revendication d’un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale moderne. Cette espèce de poisson était récoltée durant quelques semaines à la fin de l’hiver (principalement, voire exclusivement, le long de la rivière Nass) et on le mangeait frais, on le fumait ou le séchait pour usage ultérieur, ou on en extrayait de l’huile ou de la graisse par le procédé suivant :

Eulachon were stored in pits dug into the ground or in big cedar plank bins for a little over a week. They were then boiled in large wood vats — sometimes dugout canoes were pressed into service — and the freed oil was skimmed from the surface for storage in wooden boxes or the bulbs and long hollow stems of kelp. When cooled to around 10°C the oil firms to a butterlike consistency and does not liquefy again until the temperature has been raised to about 21°C.

(Court of Appeal reasons, at para. 1, citing D. Mitchell and L. Donald, “Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America: The Case of the Eulachon Fishery” (2001), 43 *Anthropologica* 19, at p. 21.)

The grease thus produced was exchanged between kin at feasts and potlatches along with other “luxury goods” (Court of Appeal reasons, at para. 2). Eulachon grease was a preservative for perishable food stuffs such as berries, and much valued for that purpose.

[18] Almost a century later, in the 1880s, the Lax Kw’alaams were allotted reserves and fishing stations within their traditional territories. They allege that quite apart from their claims to s. 35(1) Aboriginal rights, various government officials at that time made promises about access to the commercial fishery that implicate the honour of the Crown giving rise to the Crown’s trust-like or fiduciary duty to ensure that the Lax Kw’alaams have access to the commercial fishery. At issue is the significance to be attached to the “explanations” given to the Coast Tsimshian by Reserve Commissioner Peter O’Reilly, who began setting apart reserves on the Northwest Coast in 1881, as follows:

I carefully explained to the Nass and Tsimpsean Indians, that in assigning to them the several stations on the coast and tidal waters, *no* exclusive right of fishing was conveyed, but that they would, like their white brethren, be subject in every respect to the laws

[TRADUCTION] Les eulakanes étaient entreposés dans des fosses creusées à même le sol ou dans de grands coffres en cèdre pendant un peu plus d’une semaine. Ils étaient ensuite bouillis dans de grandes cuves de bois — à défaut de cuves, on se servait de pirogues — et on prélevait à la surface l’huile qui s’en dégageait pour l’entreposer dans des caisses de bois ou des bulbes et de longues tiges de varech. Lorsqu’elle est refroidie à une température d’environ 10 °C, l’huile acquiert la consistance du beurre et ne se liquéfie à nouveau qu’à une température d’environ 21 °C.

(Motifs de la Cour d’appel, par. 1, citant D. Mitchell et L. Donald, « Sharing Resources on the North Pacific Coast of North America : The Case of the Eulachon Fishery » (2001), 43 *Anthropologica* 19, p. 21.)

On s’échangeait la graisse ainsi obtenue et d’autres [TRADUCTION] « biens de luxe » entre parents lors de festins et de potlatchs (motifs de la Cour d’appel, par. 2). La graisse d’eulakane servait à conserver des denrées périssables comme les baies et on lui attachait une grande valeur pour cette raison.

[18] Presque un siècle plus tard, dans les années 1880, les Lax Kw’alaams se sont vu attribuer des réserves et des campements de pêche sur leurs territoires traditionnels. Les Lax Kw’alaams soutiennent que, sans égard aux droits ancestraux protégés par le par. 35(1) qu’ils prétendent détenir, plusieurs représentants du gouvernement de l’époque leur ont fait des promesses quant à la possibilité de pêcher commercialement qui mettent en cause l’honneur de la Couronne, de sorte que cette dernière a l’obligation fiduciaire ou analogue de s’assurer que les Lax Kw’alaams aient accès à une pêche commerciale. Les parties ne s’entendent pas sur la portée des « explications » suivantes données aux Tsimshians de la côte par le commissaire des réserves Peter O’Reilly, qui a commencé en 1881 à établir des réserves sur la côte nord-ouest :

[TRADUCTION] J’ai expliqué soigneusement aux Indiens de la rivière Nass et aux Indiens Tsimpeans qu’en leur attribuant plusieurs campements sur la côte et dans les eaux à marée, on ne leur conférait *aucun* droit de pêche exclusive, mais que, comme leurs frères

and regulations set forth in the Fishery Acts of the Dominion. [Emphasis in original.]

(P. O'Reilly, Indian Reserve Commissioner to Superintendent-General of Indian Affairs, April 8, 1882. Copy in *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, at p. 91.)

[19] At all relevant times the Lax Kw'alaams held a communal Aboriginal licence from the federal Department of Fisheries and Oceans to harvest fish for food, social, and ceremonial purposes.

#### B. *The Pleadings*

[20] As the state of the pleadings plays an important role in the outcome of this appeal, it is important to set out the essential details. In their Second Amended Statement of Claim, the Lax Kw'alaams asserted, at para. 28, that each of the ancestral coastal Tsimshian tribes was “a distinctive aboriginal society engaged in a sophisticated economy based predominantly on the harvesting, managing, processing, consuming and trading of all species of fish, shellfish and aquatic plants . . . that were available . . . from time to time within their Tribal Territories”. Paragraphs 30-31 pleaded:

The harvesting, managing, processing, consuming and trading of Fisheries Resources were central features of each Tribe's economy and were customs, practices or traditions that were integral to the distinctive aboriginal culture of each Tribe at and before Contact. . . .

The Lax Kw'alaams Band, or, in the alternative, each Allied Tsimshian Tribe, holds existing aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for consumption and sale to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy. [Emphasis added.]

blancs, ils seraient assujettis, à tous égards, aux lois et aux règlements établis par les actes du Dominion relatifs aux pêches. [En italique dans l'original.]

(P. O'Reilly, commissaire des réserves indiennes, au surintendant général des Affaires indiennes, 8 avril 1882. Copie dans *Annual Report of the Department of Indian Affairs for the Year Ended 31st December, 1882* (1883), 88, p. 91.)

[19] À toutes les époques pertinentes, les Lax Kw'alaams détenaient un permis de pêche communautaire des Autochtones délivré par le ministère fédéral des Pêches et Océans, qui leur permettait de récolter le poisson à des fins alimentaires, sociales et rituelles.

#### B. *Les actes de procédure*

[20] Comme la teneur des actes de procédure joue grandement dans l'issue du présent pourvoi, il importe d'en exposer les détails essentiels. Les Lax Kw'alaams affirment, au par. 28 de leur deuxième déclaration modifiée, que chacune des tribus ancestrales des Tsimshians de la côte était [TRADUCTION] « une société autochtone distinctive qui participait à une économie complexe fondée principalement sur la récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce de toutes les espèces de poisson, de crustacés et de plantes aquatiques . . . disponibles . . . à un moment ou à un autre sur leurs territoires tribaux ». Les paragraphes 30-31 disaient ce qui suit :

[TRADUCTION] La récolte, la gestion, la transformation, la consommation et le commerce des ressources halieutiques figuraient parmi les principaux éléments de l'économie de chaque tribu et constituaient des coutumes, pratiques ou traditions qui faisaient partie intégrante de la culture autochtone distinctive de chaque tribu au moment du contact avec les Européens et avant leur arrivée. . . .

La Bande des Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées, est titulaire des droits ancestraux existants de récolter toute ressource halieutique disponible sur son territoire à des fins de consommation et de vente pour subvenir aux besoins de ses collectivités, accumuler et produire de la richesse ainsi que maintenir et développer son économie. [Je souligne.]

[21] In response to a request by the Attorney General of Canada for particulars as to what was meant by this pleading, counsel for the Lax Kw'alaams stated that

they have an aboriginal right or aboriginal rights to harvest any Fisheries Resource available to them within the Lax Kw'alaams Territory for their own consumption or to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain the Lax Kw'alaams communities economically, to generate economic growth in those communities, and to allow persons in the community to accumulate and generate wealth. [Emphasis added; Amended Response, at para. 27(b).]

These particulars did not, I think, add much specificity to the pleadings, but the issue was not pursued by the Crown.

[22] It was further asserted that the accumulation of wealth in the Coast Tsimshian society had depended on trade, and that fisheries resources were the essential trade item by which tribes and house groups acquired wealth. The “accumulation and redistribution of wealth to acquire or retain a high rank” within Tsimshian society were said in the claim to be integral features of their distinctive Aboriginal culture (Second Amended Statement of Claim, at para. 49).

[23] Paragraph 62 of the Second Amended Statement of Claim is somewhat repetitious of paras. 30-31. The Lax Kw'alaams asserted an Aboriginal right “to harvest, manage, and sell on a commercial scale Fisheries Resources and [processed] Fish Products . . . for the purpose of sustaining their communities, accumulating and generating wealth, and maintaining their economy” (emphasis added).

[24] The Lax Kw'alaams stated that by “commercial scale” they meant the exchange of “Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale” and that they had used the words “selling”

[21] En réponse à une demande de précisions du procureur général du Canada sur le sens de cet argument, les avocats des Lax Kw'alaams ont affirmé que

[TRADUCTION] [les Lax Kw'alaams] ont le ou les droits ancestraux de récolter toutes les ressources halieutiques disponibles sur le territoire des Lax Kw'alaams pour leur propre consommation ou pour les vendre à autrui afin d'obtenir de l'argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins des collectivités des Lax Kw'alaams sur le plan économique, d'assurer la croissance économique de ces collectivités, et de permettre aux résidents de la collectivité d'accumuler et de générer de la richesse. [Je souligne; réponse modifiée, al. 27b.]

Je ne crois pas que ces renseignements fournissent beaucoup de précisions sur les actes de procédure, mais la Couronne n'a pas demandé d'autres éclaircissements.

[22] On a en outre affirmé que l'accumulation de la richesse dans la société des Tsimshians de la côte dépendait du commerce et que les ressources halieutiques constituaient l'objet de traite essentiel grâce auquel les tribus et les maisons pouvaient acquérir de la richesse. Selon la revendication, [TRADUCTION] « l'accumulation et la répartition de la richesse pour acquérir ou conserver un rang élevé » dans la société des Tsimshians faisaient partie intégrante de leur culture autochtone distinctive (deuxième déclaration modifiée, par. 49).

[23] Le paragraphe 62 de la deuxième déclaration modifiée reprend quelque peu les par. 30-31. Les Lax Kw'alaams ont revendiqué un droit ancestral [TRADUCTION] « de récolter, gérer et vendre, à une échelle commerciale, les ressources halieutiques et les produits [de la transformation] du poisson [ . . . ] dans le but de subvenir aux besoins de leurs collectivités, d'accumuler et de générer de la richesse et de maintenir leur économie » (je souligne).

[24] Les Lax Kw'alaams ont affirmé que, par [TRADUCTION] « échelle commerciale », ils entendent l'échange « à grande échelle de ressources halieutiques contre de l'argent, des biens ou des

and “trading” interchangeably (see Amended Response, at paras. 54(d) and (f)).

[25] With respect to the relief claimed, the Lax Kw'alaams sought:

- (a) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to harvest all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada in the Tribal Territories;
- (b) a declaration that the Lax Kw'alaams or, in the alternative, each of the Allied Tsimshian Tribes, have existing aboriginal rights within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* to sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources within the constitutional jurisdiction of Canada that they harvest from the Tribal Territories; [Emphasis added; Second Amended Statement of Claim, at para. 95.]

[26] The trial judge combined the two pleas into one paragraph, characterizing the principal relief sought as follows:

The relief sought by the plaintiffs includes Declarations that:

- a. the plaintiffs have an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act* of [1982] to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that they harvest from their Claimed Territories; [Emphasis added; para. 97.]

The Lax Kw'alaams also sought a declaration that Canada has breached fiduciary obligations and the honour of the Crown in relation to the fisheries.

### III. Judicial History

- A. *British Columbia Supreme Court (Madam Justice Satanove (now Madam Justice Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Before trial, an order was made that severed from the proceeding the question of Aboriginal title

services » et qu'ils ont employé de manière interchangeable les termes « vente » et « commerce » (réponse modifiée, al. 54d) et f)).

[25] Quant au redressement demandé, voici ce que les Lax Kw'alaams ont sollicité :

#### [TRADUCTION]

- a) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada sur les territoires tribaux;
- b) un jugement déclarant que les Lax Kw'alaams ou, subsidiairement, chacune des tribus Tsimshianes alliées détiennent les droits ancestraux existants, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, de vendre, à une échelle commerciale, toutes les espèces de ressources halieutiques relevant de la compétence constitutionnelle du Canada qu'elles récoltent sur les territoires tribaux; [Je souligne; deuxième déclaration modifiée, par. 95.]

[26] La juge du procès a fusionné les deux revendications en un seul paragraphe, caractérisant en ces termes le principal redressement demandé :

[TRADUCTION] Les demandeurs sollicitent notamment un jugement déclaratoire statuant que :

- a. Les demandeurs détiennent un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de [1982]*, de récolter et de vendre, à une échelle commerciale, toutes les ressources halieutiques qu'ils récoltent sur les territoires qu'ils revendiquent. [Je souligne; par. 97.]

Les Lax Kw'alaams sollicitent également un jugement déclarant que le Canada a manqué à des obligations fiduciaires et à l'honneur de la Couronne en matière de pêche.

### III. Historique judiciaire

- A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique (la juge Satanove (maintenant la juge Kloegman)), 2008 BCSC 447, [2008] 3 C.N.L.R. 158*

[27] Avant le procès, une ordonnance a dissocié la question du titre aborigène de l'instance (2006

(2006 BCSC 1463 (CanLII)). At trial, the claims not severed were dismissed. The trial judge did not address the question of infringement, because she found there to be no existing Aboriginal right.

[28] The trial judge was not satisfied that trade in any fish or fish products other than eulachon grease could properly be described as integral to the Lax Kw'alaams distinctive culture (para. 495). Such sporadic trade as may have existed in other fishery resources in no way constituted “a central and significant part of the society's distinctive culture”, or in any way made their society “truly . . . what it was” (*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, at para. 55 (emphasis deleted), cited by trial judge, at para. 496). Such sporadic trade was low volume, opportunistic, irregular, for food, social and ceremonial purposes, and purely incidental to fundamental pre-contact Coast Tsimshian kinship relations, potlatch, and ranked society (para. 496). The potlatch rested on a cultural and ceremonial basis that was quite different from a commercial marketplace.

[29] Ultimately, the trial judge concluded, “the plaintiffs' simplistic position that the ancient trade in eulachon grease has transmogrified to a modern day right to commercial fishing of salmon, halibut and all other marine and riverine species of fish, ignores the fundamental fact that the Coast Tsimshian fished for sustenance, not for trade” (para. 499 (emphasis added)). Specifically,

[t]he rendering of the eulachon into oil was an unique ancestral practice that brought wealth and prestige to the society, but it was not inter-related with the subsistence fishing of salmon, halibut, and other Fish Resources and Products. [para. 499]

BCSC 1463 (CanLII)). Les revendications restantes ont été rejetées au procès. La juge du procès n'a pas abordé la question de l'atteinte aux droits, parce qu'elle a conclu à l'absence d'un droit ancestral existant.

[28] La juge du procès n'était pas convaincue que le commerce de quelque poisson ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d'eulakane, pouvait être considéré à juste titre comme faisant partie intégrante de la culture distinctive des Lax Kw'alaams (par. 495). Le commerce sporadique d'autres ressources halieutiques, tel qu'il a peut-être existé, ne constituait aucunement « un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société », ni ne faisait « véritablement [...] de la société ce qu'elle était », de quelque façon que ce soit (*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, par. 55 (soulignement omis), cité par la juge du procès, par. 496). Ce commerce sporadique était de faible envergure et irrégulier, découlait d'occasions fortuites, visait des fins alimentaires, sociales et rituelles, et était purement accessoire aux rapports entre parents, au potlatch et à la société hiérarchisée, fondamentaux pour les Tsimshians de la côte avant leur contact avec les Européens (par. 496). Le potlatch reposait sur des assises culturelles et rituelles complètement différentes de celles d'un marché commercial.

[29] La juge du procès a conclu en dernière analyse que [TRADUCTION] « la position simpliste des demandeurs selon laquelle l'ancien commerce de la graisse d'eulakane s'est métamorphosé en droit contemporain de pêcher commercialement le saumon, le flétan et toutes les autres espèces de poisson de mer ou de rivière ne tient pas compte du fait fondamental que les Tsimshians de la côte pêchaient à des fins de subsistance, et non à des fins commerciales » (par. 499 (je souligne)). Plus précisément,

[TRADUCTION] [I]l a transformation de l'eulakane en huile constitué une pratique ancestrale unique qui a procuré richesse et prestige à la société, mais elle n'était pas reliée à la pêche du saumon, du flétan et d'autres ressources halieutiques et produits de la pêche à des fins de subsistance. [par. 499]

[30] The trial judge then added, in what could be taken as a comment on a lack of continuity and proportionality, in a paragraph already set out above but reproduced here for convenience:

In my opinion, it would be stretching the concept of an evolved Aboriginal right too far to say that the Coast Tsimshian practice of trading in eulachon grease is equivalent to a modern right to fish commercially all species in their Claimed Territories. [para. 501]

If one were to substitute for the words “is equivalent to” in this quotation the different words “provides a sufficient historical basis for”, I would respectfully agree with the proposition.

[31] With respect to the alternative claim that the Crown had breached its “trust-like or fiduciary obligatio[n]” to the Lax Kw’alaams by “restricting or denying” them access to harvest fish for commercial purposes, the trial judge found their version of the facts to be “notably one sided” (paras. 97 and 515-17). As the Crown had given “no promise of commercial fishing rights, exclusively or at all, to the Coast Tsimshian”, either as part of the reserve allotment process or otherwise, the Lax Kw’alaams lacked the legal foundation to establish that any fiduciary duty was owed to them (para. 518). Neither had the Lax Kw’alaams established that the Crown had acted dishonourably by subjecting them to the same limits and restrictions on fishing as all other fishers (para. 529). Therefore, the argument based on the honour of the Crown or fiduciary duty did not support the Lax Kw’alaams’ claim for access to commercial fishing in priority to non-Aboriginal fishers.

B. *British Columbia Court of Appeal (Newbury, Chiasson and Bennett J.J.A.), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88*

[32] The appeal was dismissed. Newbury J.A. held that the trial judge had properly distinguished the eulachon fishery from that of other species in

[30] La juge du procès a ensuite tenu, dans un paragraphe déjà cité, mais reproduit ci-dessous par souci de commodité, des propos que l’on pourrait qualifier d’observation sur l’absence de continuité et de proportionnalité :

[TRADUCTION] J'estime qu'on élargirait indûment la notion de droit ancestral qui a évolué en disant que le commerce de la graisse d'eulakane pratiqué par les Tsimshians de la côte équivaut à un droit contemporain de pêcher commercialement toutes les espèces sur les territoires qu'ils revendiquent. [par. 501]

Si l'on remplaçait dans cet extrait les mots « équivaut à » par l'expression « fournit un fondement historique suffisant pour établir », je serais d'accord avec cette affirmation.

[31] Quant à l'allégation subsidiaire que la Couronne a manqué à son [TRADUCTION] « obligatio[n] fiduciair[e] ou analogu[e] » envers les Lax Kw’alaams en leur « refusant ou limitant » l'accès à la récolte du poisson à des fins commerciales, la juge du procès a estimé que la version des faits des Lax Kw’alaams ne montrait « vraiment qu'un côté de la médaille » (par. 97 et 515-517). Puisque la Couronne « n'a promis aux Tsimshians de la côte aucun droit, exclusif ou non, de pêche commerciale » dans le cadre de l'attribution des réserves ou à une autre occasion, les Lax Kw’alaams n'avaient aucun fondement juridique pour étayer l'existence d'une quelconque obligation fiduciaire envers eux (par. 518). Les Lax Kw’alaams n'ont pas non plus établi que la Couronne avait manqué à l'honneur en leur imposant les mêmes limites et restrictions en matière de pêche qu'à tous les autres pêcheurs (par. 529). L'argument fondé sur l'honneur de la Couronne ou l'obligation fiduciaire n'était donc pas la revendication par les Lax Kw’alaams d'un accès à la pêche commerciale, qui aurait priorité sur celui des pêcheurs non autochtones.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique (les juges Newbury, Chiasson et Bennett), 2009 BCCA 593, 281 B.C.A.C. 88*

[32] La Cour d'appel a rejeté l'appel. Selon la juge Newbury, la juge du procès a distingué avec raison la pêche à l'eulakane de celle d'autres espèces en

defining the pre-contact activity (paras. 42-43). She held that the nature and scope of the pre-contact activity is determined on the facts of each case (para. 35). Given the trial judge's finding that the eulachon trade was a species-specific activity not related to the broader harvesting of fish for subsistence is supported by *R. v. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 S.C.R. 672, it would be misdescribing the Coast Tsimshian way of life to say that *trading* fish resources generally was integral to their way of life when that trade was relatively minor and limited to one species (para. 38). Other species like salmon were only harvested for subsistence purposes and were so plentiful as not to be the subject of trade except in times of famine (paras. 2, 23, 26 and 43).

[33] She found that the appropriate question was whether commercial fishing is the logical evolution of the Lax Kw'alaams' traditional practices relating to eulachon grease (para. 45). There was no basis upon which to reverse the trial judge's conclusion that the pre-contact eulachon trade was not the precursor of a modern right to fish all species for commercial purposes (para. 48).

[34] As to the "lesser rights" argument, the Lax Kw'alaams argued that the reference to "sustain[ing] their communities" amounted to the assertion of a more limited commercial right (paras. 58-59, citing the Second Amended Statement of Claim, at para. 31). In Newbury J.A.'s view, however, the trial judge's refusal to consider "lesser rights" was a "judgment call" that was open to her (para. 62). The trial judge was best placed to evaluate the pleadings, argument and prejudice to the other parties.

[35] The appellants pointed to various instances in their pleadings that referred to "consumption" and "sale" or "trade", but the Court of Appeal stated that "[i]t should not be necessary for a court to try to piece together various obscure references

définissant l'activité précontact (par. 42-43). Elle a statué que la nature et l'étendue de l'activité précontact dépendent des faits de l'espèce (par. 35). Comme l'arrêt *R. c. N.T.C. Smokehouse Ltd.*, [1996] 2 R.C.S. 672, étaye la conclusion de la juge du procès selon laquelle le commerce de l'eulakane était propre à cette espèce et ne se rapportait pas à la récolte plus générale du poisson à des fins de subsistance, il serait inexact de décrire le *commerce* des ressources halieutiques en général comme une partie intégrante du mode de vie des Tsimshians de la côte, alors que ce commerce était relativement limité et ne touchait qu'une seule espèce (par. 38). Les autres espèces comme le saumon n'étaient récoltées qu'à des fins de subsistance et étaient tellement abondantes qu'elles n'étaient pas un objet de commerce, sauf en temps de famine (par. 2, 23, 26 et 43).

[33] Elle a conclu que la question à trancher était de savoir si la pêche commerciale procède de l'évolution logique des pratiques traditionnelles des Lax Kw'alaams qui se rapportent à la graisse d'eulakane (par. 45). Il n'existe aucune raison d'infirmer la conclusion de la juge du procès que le commerce de l'eulakane pratiqué avant le contact avec les Européens n'a pas ouvert la voie à un droit contemporain de pêcher toutes les espèces à des fins commerciales (par. 48).

[34] Quant à l'argument des « droits moindres », les Lax Kw'alaams ont soutenu que la mention du fait de [TRADUCTION] « subvenir aux besoins de leurs collectivités » était assimilable à la revendication d'un droit commercial plus restreint (par. 58-59, citant la deuxième déclaration modifiée, par. 31). Mais selon la juge Newbury, le refus de la juge du procès de prendre en considération les « droits moindres » était une [TRADUCTION] « question d'appréciation » qui relevait de sa compétence (par. 62). La juge du procès était la mieux placée pour évaluer les actes de procédure, l'argumentation et le préjudice que subiraient les autres parties.

[35] Les appellants ont mentionné plusieurs passages de leurs actes de procédure où il est fait état de la [TRADUCTION] « consommation » et de la « vente » ou du « commerce », mais la Cour d'appel a affirmé que [TRADUCTION] « le tribunal ne

in a pleading in order to discern what is being sought" (para. 65).

[36] With respect to the assertion that the Crown had promised in the process of reserve allotment that the Lax Kw'alaams would "be kept in the fishing business alongside other fishers" — i.e., a non-exclusive right to fish commercially" (para. 76), the trial judge had found that no such promise was made and the trial judge's finding that there was no basis for the Lax Kw'alaams to be treated preferentially to non-Aboriginal fishers was fully justified by the evidence (para. 77).

#### IV. Issues

[37] The Lax Kw'alaams raise the following issues:

1. Did the courts below err by characterizing the appellants' Aboriginal rights claim based on the pleadings rather than an enquiry into pre-contact practices?
2. Did the courts below err in isolating the ancestral practice of trading in eulachon grease "as a practice of its own" rather than focusing more comprehensively on the Coast Tsimshian "fishing way of life"?
3. Did the courts below err by refusing to consider whether the appellants had established a "lesser" right to fish on a "moderate" scale "to sell to others in order to acquire money, goods or services to sustain [their] communities" or to an Aboriginal right to fish for food, social and ceremonial purposes?
4. Did the courts below err in dismissing the claim based on the honour of the Crown by

devrait pas avoir à assembler différentes allusions obscures faites dans un acte de procédure pour saisir ce qui est sollicité » (par. 65).

[36] Pour ce qui est de l'affirmation que, lors de l'attribution des réserves, la Couronne avait promis que les Lax Kw'alaams [TRADUCTION] « "continueraient de participer à l'industrie de la pêche avec les autres pêcheurs" — c.-à-d. qu'ils auraient un droit non exclusif de pêcher commercialement » (par. 76), la juge du procès a estimé qu'aucune promesse de ce genre n'avait été faite et sa conclusion que rien ne permettait d'accorder aux Lax Kw'alaams un traitement préférentiel par rapport aux pêcheurs non autochtones était tout à fait justifiée par la preuve (par. 77).

#### IV. Questions en litige

[37] Les Lax Kw'alaams soulèvent les questions suivantes :

1. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en caractérisant la revendication de droits ancestraux des appellants en se fondant sur les actes de procédure plutôt qu'en analysant les pratiques antérieures au contact avec les Européens?
2. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en isolant la pratique ancestrale du commerce de la graisse d'eulakane comme une [TRADUCTION] « pratique unique » plutôt que d'examiner de façon plus exhaustive le « mode de vie axé sur la pêche » des Tsimshians de la côte?
3. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en refusant de déterminer si les appellants avaient établi l'existence d'un droit « moindre » de pratiquer la pêche à une échelle « modérée » de façon à en [TRADUCTION] « vendre [les produits] à autrui afin d'obtenir de l'argent, des biens ou des services dans le but de subvenir aux besoins [de leurs] collectivités » ou d'un droit ancestral de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles?
4. Les juridictions inférieures ont-elles commis une erreur en rejetant l'allégation fondée sur

concluding that, in the allotment of fishing station reserves, the Crown did not expressly or impliedly promise the Lax Kw'alaams a preferential fishery?

## V. Analysis

[38] The Lax Kw'alaams First Nation and its ancestors have inhabited the northwest coast of British Columbia for thousands of years. In the pre-contact period prior to 1793, the basis of their culture and sustenance was the fishery. The principal issue in the present action is whether its ancestral practices, customs and traditions provide a proper legal springboard to the right to harvest and sell all varieties of fish in a modern *commercial* fishery — a right that would be protected and privileged by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

[39] In a series of decisions over the last 15 years the Court has worked out the test to establish such a right in the context of a defence to prosecutions for regulatory offences: see in particular *Van der Peet; R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *N.T.C. Smokehouse; R. v. Marshall*, 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220 (“*Marshall (2005)*”); and *R. v. Sappier*, 2006 SCC 54, [2006] 2 S.C.R. 686. In such cases, it is the prosecution that establishes the boundaries of the controversy by the framing of the charge. Here, however, the Lax Kw'alaams First Nation is the moving party, and it lay in its hands to frame the action, within the *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009, as it saw fit.

### A. *Did the Trial Judge Err in Her Approach to Characterizing the Lax Kw'alaams' Claim?*

[40] The heart of the Lax Kw'alaams' argument on this point is that “before a court can characterize a claimed aboriginal right, it must first inquire and make findings about the pre-contact practices and way of life of the claimant group” (A.F., at para. 57 (emphasis in original)). I would characterize

l'honneur de la Couronne après avoir conclu que, lors de l'attribution des campements de pêche, la Couronne n'avait promis ni explicitement ni implicitement aux Lax Kw'alaams de leur accorder un traitement préférentiel en matière de pêche?

## V. Analyse

[38] Les membres de la Première Nation des Lax Kw'alaams et leurs ancêtres vivent sur la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique depuis des milliers d'années. Avant le contact avec les Européens, en 1793, leur culture et leur subsistance reposaient sur la pêche. La question principale en l'espèce est de savoir si les pratiques, coutumes et traditions ancestrales des Lax Kw'alaams peuvent, juridiquement, servir de tremplin pour que leur soit reconnu le droit de récolter et de vendre toutes les espèces de poisson dans le cadre d'une pêche *commerciale* moderne — un droit qui serait garanti par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[39] Dans une série d'arrêts rendus au cours des 15 dernières années, la Cour a élaboré le test servant à établir l'existence d'un tel droit dans le contexte d'une défense à une accusation d'infraction à un règlement : voir notamment *Van der Peet; R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *N.T.C. Smokehouse; R. c. Marshall*, 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220 (« *Marshall (2005)* »); *R. c. Sappier*, 2006 CSC 54, [2006] 2 R.C.S. 686. En pareil cas, c'est la poursuite qui fixe les limites de la controverse en formulant l'accusation. En l'espèce, toutefois, la partie demanderesse est la Première Nation des Lax Kw'alaams et c'est à elle qu'il revenait de délimiter l'action comme bon lui semblait, dans le respect des *Supreme Court Civil Rules*, B.C. Reg. 168/2009.

### A. *La juge du procès a-t-elle utilisé une méthode erronée pour caractériser la revendication des Lax Kw'alaams?*

[40] L'essence de l'argumentation des Lax Kw'alaams à cet égard est que, [TRADUCTION] « avant de caractériser un droit ancestral revendiqué, le tribunal doit d'abord procéder à une enquête et tirer des conclusions sur les pratiques et le mode de vie précontact du groupe de demandeurs »

this approach as a “commission of inquiry” model in which a commissioner embarks on a voyage of discovery armed only with very general terms of reference. Quite apart from being inconsistent with the jurisprudence that calls for “characterization of the claim” as a first step, the “commission of inquiry” approach is not suitable in civil litigation, even in civil litigation conducted under rules generously interpreted in Aboriginal cases to facilitate the resolution in the public interest of the underlying controversies.

[41] I would reject the appellants’ approach for three reasons. Firstly, it is illogical. The relevance of evidence is tested by reference to what is in issue. The statement of claim (which here did undergo significant amendment) defines what is in issue. The trial of an action should not resemble a voyage on the *Flying Dutchman* with a crew condemned to roam the seas interminably with no set destination and no end in sight.

[42] Secondly, it is contrary to authority. In *Van der Peet*, Lamer C.J. emphasized that the *first* task of the court, even in the context of a defence to a regulatory charge, is to characterize the claim:

... in assessing a claim to an aboriginal right a court must first identify the nature of the right being claimed; in order to determine whether a claim meets the test of being integral to the distinctive culture of the aboriginal group claiming the right, the court must first correctly determine what it is that is being claimed. The correct characterization of the appellant’s claim is of importance because whether or not the evidence supports the appellant’s claim will depend, in significant part, on what, exactly, that evidence is being called to support. [Emphasis added; para. 51.]

[43] Thirdly, it defies the relevant rules of civil procedure. Pleadings not only serve to define the issues but give the opposing parties fair notice of the case to meet, provide the boundaries and context for effective pre-trial case management, define the extent of disclosure required, and set the parameters of expert opinion. Clear pleadings minimize

(m.a., par. 57 (soulignement dans l’original)). Je dirais que cette méthode est une sorte de « commission d’enquête » menée par un commissaire qui part en expédition avec, pour seule arme, un mandat très général. Outre le fait qu’elle est incompatible avec la jurisprudence qui requiert en premier lieu la « caractérisation de la revendication », la méthode apparentée à une « commission d’enquête » ne convient pas dans un procès civil, même si ce procès civil est tenu conformément à des règles interprétées de façon libérale dans les affaires autochtones, pour faciliter la résolution des controverses sous-jacentes dans l’intérêt public.

[41] Je rejette la méthode proposée par les appellants pour trois raisons. Premièrement, elle est illogique. On évalue la pertinence de la preuve en fonction de ce qui est en litige. La déclaration (qui a été considérablement modifiée en l’espèce) définit ce qui est en litige. L’instruction d’une action ne doit pas ressembler à un voyage perpétuel du *Vaisseau fantôme*, dont l’équipage est condamné à errer sans fin sur les mers, sans destination précise.

[42] Deuxièmement, elle est contraire à la jurisprudence. Le juge en chef Lamer a souligné dans *Van der Peet* que la *première* tâche du tribunal est de caractériser la revendication, et ce, même dans le contexte d’une défense contre une accusation d’infraction à un règlement :

... dans l’appréciation de la revendication d’un droit ancestral, le tribunal doit d’abord déterminer la nature du droit revendiqué. Pour juger si une revendication satisfait au critère de la partie intégrante de la culture distinctive du groupe autochtone qui revendique ce droit, le tribunal doit d’abord délimiter correctement ce qui est revendiqué. Il est important de bien caractériser la revendication de l’appelante, car la réponse à la question de savoir si la preuve éteigne sa revendication dépend, dans une large mesure, de la nature précise de ce que la preuve vise à établir. [Je souligne; par. 51.]

[43] Troisièmement, elle va à l’encontre des règles de procédure civile applicables. Les actes de procédure servent non seulement à définir les questions en litige, mais aussi à informer équitablement les parties adverses de ce qu’on leur reproche, à établir les limites et le contexte d’une bonne gestion de l’instance préalable au procès, à fixer l’étendue de

wasted time and may enhance prospects for settlement.

[44] In support of their “characterizing the right” argument, the Lax Kw’alaams cite *Sappier*, at paras. 24 and 46, but I do not read *Sappier* as departing from *Van der Peet* and its progeny. *Sappier* was a prosecution for unlawful possession or cutting down of Crown timber from Crown lands and the Court’s inquiry was whether the accused could establish an Aboriginal right to engage in that particular conduct. The Aboriginal right asserted by the defence was broader than necessary and in its broad generality risked being rejected as invalid. In that context (as in many other prosecutions), it was necessary for the Court to re-characterize and narrow the claimed right to satisfy the forensic needs of the defence without risking self-destruction of the defence by reason of overclaiming. See, for example, *Van der Peet* itself where a claim to a general commercial fishery was narrowed because the fish had been caught pursuant to a valid food fishery licence, and thus a claim to a right to *exchange* fish already caught “for money or other goods” would suffice to obtain an acquittal (paras. 52, 77-79). Similarly, in *R. v. Pamajewon*, [1996] 2 S.C.R. 821, in response to a charge of illegal gambling on a reserve, the Court treated a defence claim to a broad Aboriginal right “to manage the use of their reserve lands” as one of “excessive generality” (para. 27), i.e. broader than required to defeat the prosecution. The charge of illegal gambling would be met by a narrower right “to participate in, and to regulate, high stakes gambling activities” on the reserve (para. 26). In the result, it was held that even the narrower claim was not established on the evidence. The re-characterization of the defence claim in *Sappier* was another example in this line of cases.

la preuve à communiquer et à établir les paramètres de la preuve d’expert. Des actes de procédure clairs minimisent le gaspillage de temps et peuvent favoriser le règlement du litige.

[44] Les Lax Kw’alaams citent les par. 24 et 46 de l’arrêt *Sappier* à l’appui de leur argument relatif à la « caractérisation du droit », mais j’estime que cet arrêt ne s’écarte pas de la décision *Van der Peet* et de celles qui l’ont suivie. Il s’agissait, dans l’affaire *Sappier*, d’une poursuite pour possession illicite de bois provenant des terres de la Couronne ou coupe illicite de bois sur de telles terres et la Cour s’est demandé si l’accusé pouvait établir l’existence d’un droit ancestral de se livrer à ces activités précises. Le droit ancestral revendiqué par la défense était plus large que nécessaire et son caractère général risquait d’en entraîner le rejet pour cause d’invalidité. Dans ce contexte (et dans bien d’autres poursuites), la Cour devait caractériser à nouveau le droit revendiqué et en restreindre la portée pour permettre l’utilisation d’un moyen de défense devant le tribunal, sans courir le risque qu’il s’effondre de lui-même par suite d’une revendication excessive. Voir notamment l’arrêt *Van der Peet*, précisément, où l’on a restreint la revendication du droit général de pêcher commercialement parce que le poisson avait été pris en vertu d’un permis de pêche de subsistance valide et que la revendication du droit d’échanger le poisson déjà capturé « contre de l’argent ou d’autres biens » aurait suffi à obtenir un acquittement (par. 52 et 77-79). De même, dans *R. c. Pamajewon*, [1996] 2 R.C.S. 821, la Cour a jugé que la revendication d’un droit ancestral général « de gérer l’utilisation des terres de leurs réserves », formulée en défense à une accusation de jeu de hasard illégal dans une réserve, présentait « un degré excessif de généralité » (par. 27), c.-à-d. qu’elle avait une portée plus étendue que nécessaire pour faire échouer la poursuite. L’accusation de jeu de hasard illégal pouvait être contrée par le droit plus restreint « de participer à des activités de jeux de hasard à gros enjeux dans la réserve et de réglementer ces activités » (par. 26). La Cour a conclu, en définitive, que même cette revendication plus restreinte n’était pas étayée par la preuve. La reformulation de la revendication présentée en défense dans *Sappier* est un autre exemple de ce courant jurisprudentiel.

[45] To the extent the Lax Kw'alaams are saying that, in Aboriginal and treaty rights litigation, rigidity of form should not triumph over substance, I agree with them. However, the necessary flexibility can be achieved within the ordinary rules of practice. Amendments to pleadings are regularly made in civil actions to conform with the evidence on terms that are fair to all parties. The trial judge adopted the proposition that “he who seeks a declaration must make up his mind and set out in his pleading what that declaration is”, but this otherwise sensible rule should not be applied rigidly in long and complex litigation such as we have here. A case may look very different to *all* parties after a month of evidence than it did at the outset. If necessary, amendments to the pleadings (claim or defence) should be sought at trial. There is ample jurisprudence governing both the procedure and outcome of such applications. However, at the end of the day, a defendant must be left in no doubt about precisely what is claimed. No relevant amendments were sought to the prayer for relief at trial in this case.

[46] With these considerations in mind, and acknowledging that the public interest in the resolution of Aboriginal claims calls for a measure of flexibility not always present in ordinary commercial litigation, a court dealing with a s. 35(1) claim would appropriately proceed as follows:

1. First, at the characterization stage, identify the precise nature of the First Nation's claim to an Aboriginal right based on the pleadings. If necessary, in light of the evidence, refine the characterization of the right claimed on terms that are fair to all parties.
2. Second, determine whether the First Nation has proved, based on the evidence adduced at trial:

[45] Je suis d'accord avec les Lax Kw'alaams dans la mesure où ils affirment que la rigidité de la forme ne doit pas l'emporter sur le fond dans les litiges sur les droits ancestraux et issus de traités. Néanmoins, les règles de pratique ordinaires offrent la flexibilité voulue. En matière civile, on modifie couramment les actes de procédure, pour les rendre conformes à la preuve, selon des modalités équitables pour toutes les parties. La juge du procès a retenu la thèse selon laquelle [TRADUCTION] « la personne qui sollicite un jugement déclaratoire doit décider quelle devrait être la teneur de la déclaration souhaitée et l'énoncer dans sa plaidoirie écrite », mais il ne convient pas d'appliquer de façon rigide cette règle par ailleurs judicieuse dans des instances longues et complexes comme celle qui nous occupe. Il se peut que la perception de l'affaire par *toutes* les parties soit très différente, après un mois de présentation de la preuve, de ce qu'elle était à l'origine. Lorsque cela s'avère nécessaire, il faut demander l'autorisation de modifier les actes de procédure (déclaration ou défense) pendant le procès. Il existe une abondante jurisprudence sur la procédure relative aux demandes de cette nature et sur leur résultat. Toutefois, en dernière analyse, il ne faut laisser aucun doute au défendeur quant à ce qui est demandé précisément. En l'espèce, aucune autorisation d'apporter des modifications pertinentes à la demande de redressement n'a été sollicitée au cours du procès.

[46] Compte tenu de ces considérations et du fait que l'intérêt public à régler les revendications autochtones requiert une certaine souplesse qui n'est pas toujours présente dans les litiges commerciaux ordinaires, il conviendrait que le tribunal saisi d'une revendication fondée sur le par. 35(1) adopte la démarche suivante :

1. Premièrement, à l'étape de la caractérisation, déterminer la nature exacte du droit ancestral revendiqué par la première nation à partir des actes de procédure. Préciser si nécessaire la caractérisation du droit revendiqué eu égard à la preuve selon des modalités équitables pour toutes les parties.
2. Deuxièmement, déterminer, au vu de la preuve produite au procès, si la première nation a établi chacun des éléments suivants :

- (a) the existence of the pre-contact practice, tradition or custom advanced in the pleadings as supporting the claimed right; and
  - (b) that this practice was integral to the distinctive pre-contact Aboriginal society.
3. Third, determine whether the claimed modern right has a reasonable degree of continuity with the “integral” pre-contact practice. In other words, is the claimed modern right demonstrably connected to, and reasonably regarded as a continuation of, the pre-contact practice? At this step, the court should take a generous though realistic approach to matching pre-contact practices to the claimed modern right. As will be discussed, the pre-contact practices must engage the essential elements of the modern right, though of course the two need not be exactly the same.
4. Fourth, and finally, in the event that an Aboriginal right to trade *commercially* is found to exist, the court, when delineating such a right should have regard to what was said by Chief Justice Lamer in *Gladstone* (albeit in the context of a *Sparrow* justification), as follows:

Although by no means making a definitive statement on this issue, I would suggest that with regards to the distribution of the fisheries resource after conservation goals have been met, objectives such as the pursuit of economic and regional fairness, and the recognition of the historical reliance upon, and participation in, the fishery by non-aboriginal groups, are the type of objectives which can (at least in the right circumstances) satisfy this standard. In the right circumstances, such objectives are in the interest of all Canadians and, more importantly, the reconciliation of aboriginal societies with the rest of Canadian society may well depend on their successful attainment. [Emphasis in original; para. 75.]

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 533, at para. 41.

- a) l'existence de la pratique, tradition ou coutume précontact invoquée dans les actes de procédure pour étayer le droit revendiqué;
  - b) le fait que cette pratique faisait partie intégrante de la société autochtone distinctive avant son contact avec les Européens.
3. Troisièmement, déterminer s'il y a une continuité raisonnable entre le droit contemporain revendiqué et la pratique précontact qui « faisait partie intégrante » de la société. Autrement dit, le droit contemporain revendiqué est-il manifestement lié à la pratique précontact et raisonnablement considéré comme le prolongement de cette pratique? À cette étape, le tribunal doit adopter une approche libérale, mais réaliste, en associant les pratiques précontact au droit contemporain revendiqué. Comme nous le verrons, les pratiques précontact doivent mettre en jeu les éléments essentiels du droit contemporain, bien que les deux n'aient évidemment pas à être parfaitement identiques.
4. Enfin, quatrièmement, si l'on constate l'existence d'un droit ancestral de pêcher *commerciallement*, le tribunal devra déterminer la teneur de ce droit en tenant compte des propos suivants tenus par le juge en chef Lamer dans *Gladstone* (quoique dans le contexte de l'application de la norme de justification établie dans *Sparrow*) :

Bien que je n'entende aucunement me prononcer de façon définitive sur cette question, je dirais qu'en ce qui concerne la répartition de ressources halieutiques données, une fois que les objectifs de conservation ont été respectés, des objectifs tels que la poursuite de l'équité sur les plans économique et régional ainsi que la reconnaissance du fait que, historiquement, des groupes non autochtones comptent sur ces ressources et participent à leur exploitation, sont le genre d'objectifs susceptibles (du moins dans les circonstances appropriées) de satisfaire à cette norme. Dans les circonstances appropriées de tels objectifs sont dans l'intérêt de tous les Canadiens et, facteur plus important encore, la conciliation de l'existence des sociétés autochtones avec le reste de la société canadienne pourrait bien dépendre de leur réalisation. [Soulignement et italiques dans l'original; par. 75.]

Voir aussi *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 533, par. 41.

[47] In my view the trial judge proceeded correctly in her approach to characterization of the claim based on the pleadings and this ground of appeal should be rejected.

*B. Did the Trial Judge Err in Refusing to Consider a Modern Commercial Fishery to Be the Logical Evolution of a Pre-Contact Trade in Eulachon Grease?*

[48] The trial judge interpreted the pleadings as a single claim to an existing Aboriginal right within the meaning of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, “to harvest and sell on a commercial scale all species of Fisheries Resources that [the plaintiffs] harvest from their Claimed Territories” (para. 97). Although the Lax Kw’alaams sought two distinct and separate declarations, the fusion into a single claim for declaratory relief made by the trial judge was quite appropriate. There can be no sale without a prior harvesting of the fish and the whole point of harvesting the fish, according to the Second Amended Statement of Claim, was for commercial sale. The two elements of the claim are inextricably tied together.

[49] If established, an Aboriginal right is not frozen at contact, but is subject to evolution both in terms of the subject matter and the method of its exercise, depending on the facts.

[50] In terms of the mode of exercise, the courts have repeatedly recognized that fishing methods continue to evolve. The Aboriginal source of fishing rights does not require rights holders in the Pacific Northwest to fish from dugout canoes. Pre-contact trade in Pacific smoked salmon (if established) should not exclude preparation and sale of the frozen product when the technology became available. (All of this, of course, is subject to the interest of conservation and other substantial and compelling interests (*Sparrow*, at pp. 1108-10; and *N.T.C. Smokehouse*, at paras. 96-97).)

[47] À mon avis, la juge du procès a employé la bonne méthode pour caractériser la revendication à partir des actes de procédure et ce moyen d’appel doit être rejeté.

*B. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de considérer que la pêche commerciale moderne procérait de l’évolution logique du commerce de la graisse d’eulakane pratiquée avant le contact avec les Européens?*

[48] La juge du procès a interprété les actes de procédure comme formant une seule revendication d’un droit ancestral existant, au sens du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, soit le droit des demandeurs [TRADUCTION] « de récolter et de vendre à une échelle commerciale toutes les espèces de ressources halieutiques qu’ils récoltent sur les territoires qu’ils revendiquent » (par. 97). Bien que les Lax Kw’alaams aient sollicité deux déclarations distinctes, c’est à bon droit que la juge du procès les a fusionnées en une seule demande. Il est impossible de vendre du poisson sans l’avoir d’abord récolté et, selon la deuxième déclaration modifiée, la raison d’être de la récolte du poisson était sa vente à des fins commerciales. Les deux éléments de la revendication sont inextricablement liés l’un à l’autre.

[49] Si un droit ancestral est établi, il ne s’agit pas d’un droit figé depuis le contact avec les Européens : son objet et son mode d’exercice peuvent avoir évolué en fonction des faits.

[50] Pour ce qui est du mode d’exercice du droit, les tribunaux ont reconnu à maintes reprises l’évolution continue des méthodes de pêche. L’origine ancestrale des droits de pêche n’exige pas que les titulaires de ces droits, dans le nord-ouest du Pacifique, pêchent dans des pirogues. Le commerce du saumon fumé du Pacifique à l’époque précontact (s’il est établi) ne devrait pas exclure la préparation et la vente du produit congelé depuis que les techniques de congélation sont apparues. (Tout cela, bien entendu, sous réserve de la conservation des ressources et d’autres intérêts réels et impérieux (*Sparrow*, p. 1108-1110; *N.T.C. Smokehouse*, par. 96-97).)

[51] However, when it comes to “evolving” the *subject matter* of the Aboriginal right, the situation is more complex. A “gathering right” to berries based on pre-contact times would not, for example, “evolve” into a right to “gather” natural gas within the traditional territory. The surface gathering of copper from the Coppermine River in the Northwest Territories in pre-contact times would not, I think, support an “Aboriginal right” to exploit deep shaft diamond mining in the same territory. While courts have recognized that Aboriginal rights must be allowed to evolve within limits, such limits are both quantitative and qualitative. A “pre-sovereignty aboriginal practice cannot be transformed into a different modern right” (*Marshall* (2005), at para. 50).

[52] The trial judge was satisfied that the ancestors of the Lax Kw'alaams “harvested a wide variety of Fish Resources and Products through an array of fishing techniques. They have proved that the harvesting and consumption of Fish Resources and Products, including the creation of a surplus supply for winter consumption, was an integral part of their distinctive culture” (para. 494 (emphasis added)). She further found

that the pre-contact Coast Tsimshian existed primarily within a subsistence economy until the arrival of the fur traders who influenced the creation of trade monopolies and chiefdoms [although they were also] involved in some form of loosely termed trade before the date of contact. This trade involved primarily gift exchange between kin at feasts and potlatches, or exchange of luxury goods such as slaves, coppers, dentalium and eulachon grease. [para. 495]

However, and this is the crucial point, the trial judge held that “trade in any other Fish Resource or Product beside eulachon grease” could *not* be described as integral to their distinctive culture (*ibid.* (emphasis added)). Such sporadic trade as took place in other fish products was peripheral

[51] La situation est toutefois plus complexe lorsqu'il s'agit de « l'évolution » de l'*objet* du droit ancestral. Par exemple, le « droit de recueillir » des baies fondé sur l'époque précontact ne peut « évoluer » jusqu'au droit de « recueillir » du gaz naturel sur le territoire traditionnel. L'extraction en surface du cuivre de la rivière Coppermine dans les Territoires du Nord-Ouest à l'époque précontact ne peut pas, selon moi, servir d'assise à un « droit ancestral » d'exploiter une mine de diamants souterraine sur le même territoire. Bien que les tribunaux aient reconnu la nécessité de permettre l'évolution des droits ancestraux à l'intérieur de certaines limites, ces limites sont à la fois d'ordre quantitatif et qualitatif. Une « pratique autochtone antérieure à l'affirmation de la souveraineté ne peut être transformée en un droit moderne différent » (*Marshall* (2005), par. 50).

[52] La juge du procès était convaincue que les ancêtres des Lax Kw'alaams [TRADUCTION] « récoltaient une grande variété de ressources halieutiques et de produits de la pêche en utilisant toute une panoplie de techniques ». Les Lax Kw'alaams « ont prouvé que la récolte et la consommation des ressources halieutiques et des produits de la pêche, y compris l'accumulation de provisions pour l'hiver, faisaient partie intégrante de leur culture distinctive » (par. 494 (je souligne)). Elle a aussi conclu

[TRADUCTION] que les Tsimshians de la côte, à l'époque précontact, pratiquaient surtout une économie de subsistance, jusqu'à l'arrivée des marchands de fourrures qui ont contribué à la création de monopoles et de chefferies, [mais pratiquaient aussi] une forme de commerce au sens large avant leur contact avec les Européens. Ce commerce consistait principalement en des échanges de cadeaux entre parents lors de festins et de potlatchs, ou en des échanges de biens de luxe comme des esclaves, des objets en cuivre, du dentalium et de la graisse d'eulakane. [par. 495]

Toutefois, et c'est là le point crucial, la juge du procès a affirmé que « le commerce de quelque ressource halieutique ou autre produit de la pêche que ce soit, hormis la graisse d'eulakane », *ne pouvait pas* être considéré comme faisant partie intégrante de leur culture distinctive (*ibid.* (je souligne)).

to the pre-contact society and did not define what made Coast Tsimshian society what it was.

[53] The Lax Kw'alaams argue that such sporadic trade in other fish products was nonetheless part of their ancestral “way of life” and, on that account, they should be allowed to continue to engage in trade in fish generally under the protection of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*. In other words, the Lax Kw'alaams' argument is that proof of even sporadic trade as part of pre-contact society is sufficient to support a modern trading right in “all species of fish” and that the test applied by the trial judge is too strict. It should be enough to show that trade was part of their ancestors' pre-contact “way of life” whether or not “distinctive” or “integral” as required by *Van der Peet*.

[54] The Lax Kw'alaams place reliance on references to “way of life” in *Sappier*, at paras. 24 and 40. However, the reference in *Sappier* to a pre-contact “way of life” should not be read as departing from the “distinctive culture” test set out in *Van der Peet*, where Chief Justice Lamer stated:

To satisfy the integral to a distinctive culture test the aboriginal claimant must do more than demonstrate that a practice, custom or tradition was an aspect of, or took place in, the aboriginal society of which he or she is a part. The claimant must demonstrate that the practice, custom or tradition was a central and significant part of the society's distinctive culture. He or she must demonstrate, in other words, that the practice, custom or tradition was one of the things which made the culture of the society distinctive — that it was one of the things that truly made the society what it was. [First emphasis added; second emphasis in original; para. 55.]

The trial judge found on the facts that the Lax Kw'alaams had not met this threshold.

Ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche, tel qu'il était pratiqué, était secondaire dans la société précontact et ne faisait pas de la société des Tsimshians de la côte ce qu'elle était.

[53] Les Lax Kw'alaams soutiennent que ce commerce sporadique d'autres produits de la pêche faisait tout de même partie de leur [TRADUCTION] « mode de vie » ancestral et que, pour cette raison, ils devraient être autorisés à continuer de pratiquer le commerce du poisson en général conformément à la protection accordée par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En d'autres termes, les Lax Kw'alaams plaident que même la preuve d'un commerce sporadique pratiqué par sa société à l'époque précontact suffit pour étayer un droit contemporain de faire le commerce de « toutes les espèces de poisson », et que le test appliqué par la juge du procès était trop strict. Il devrait être suffisant de démontrer que le commerce faisait partie du « mode de vie » précontact de leurs ancêtres, peu importe qu'il en ait été un élément « distinctif » ou qu'il en ait fait « partie intégrante », comme l'exige l'arrêt *Van der Peet*.

[54] Les Lax Kw'alaams s'appuient sur les mentions du « mode de vie » qui figurent aux par. 24 et 40 de l'arrêt *Sappier*. Il ne faut toutefois pas interpréter la mention, dans cet arrêt, d'un « mode de vie » précontact comme une dérogation au critère de la « culture distinctive » énoncé dans *Van der Peet*, où le juge en chef Lamer a dit :

Pour satisfaire au critère de l'élément faisant partie intégrante d'une culture distinctive, le demandeur autochtone doit non seulement démontrer qu'une coutume, pratique ou tradition était un aspect de la société autochtone à laquelle il appartient ou qu'elle y était exercée, mais en outre [que la coutume, pratique ou tradition] était un élément fondamental et important de la culture distinctive de cette société. Autrement dit, il doit établir que la coutume, pratique ou tradition était l'une des choses qui rendaient la culture de la société distinctive — que c'était l'une des choses qui véritablement faisaient de la société ce qu'elle était. [Premier soulignement ajouté; deuxième soulignement dans l'original; par. 55.]

La juge du procès a conclu, au vu des faits, que les Lax Kw'alaams n'avaient pas satisfait à ce critère.

[55] Counsel for the Lax Kw'alaams argues that, even if pre-contact trade had been limited to eulachon grease (which they deny), the modern right should not be “frozen” but should be generalized and “evolved” to include all other fish species and fish products.

[56] However, such an “evolution” would run counter to the trial judge's clear finding that the ancestors of the Lax Kw'alaams fished all species but did not *trade* in any significant way in species of fish or fish products other than eulachon. Extension of a modern right to all species would directly contradict her view that only the “species-specific” trade in eulachon grease was integral to the distinctive culture of the pre-contact society. A general commercial fishery would represent an outcome qualitatively different from the pre-contact activity on which it would ostensibly be based, and out of all proportion to its original importance to the pre-contact Tsimshian economy.

[57] The “species-specific” debate will generally turn on the facts of a particular case. Had it been established, for example, that a defining feature of the distinctive Coast Tsimshian culture was to catch whatever fish they could and trade whatever fish they caught, a court ought not to “freeze” today's permissible catch to species present in 1793 in the northwest coastal waters of British Columbia. As the oceans have warmed, new species have come north from southern waters and the migratory pattern of some of the old species may have shifted towards Alaska. To ignore the evolution of the fisheries resources of the Pacific Northwest would be uncalled for in the absence of some compelling reason to the contrary on the particular facts of a particular case, as in the debate about geoduck harvesting in *Ahousaht Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, a debate on which I express no opinion. However, this example, it seems to me, is very different from the situation we have here, where trade

[55] Les avocats des Lax Kw'alaams soutiennent que, même si le commerce précontact se limitait à la graisse d'eulakane (ce qu'ils nient), le droit contemporain ne doit pas rester « figé »; il faut plutôt lui attribuer une portée générale et reconnaître qu'il a « évolué » pour s'étendre à toutes les autres espèces de poisson et de produits de la pêche.

[56] Une telle « évolution » serait toutefois contraire à la conclusion sans équivoque de la juge du procès que les ancêtres des Lax Kw'alaams pêchaient toutes les espèces, mais qu'ils ne faisaient pas véritablement le *commerce* d'espèces de poisson ou de produits de la pêche autres que l'eulakane. Le fait d'étendre un droit contemporain à toutes les espèces irait directement à l'encontre de l'avis de la juge du procès que seul le commerce, « propre à une espèce », de la graisse d'eulakane faisait partie intégrante de la culture distinctive de cette société précontact. Une pêche commerciale générale constituerait un résultat différent sur le plan qualitatif de l'activité précontact sur laquelle elle reposerait censément et hors de proportion avec son importance dans l'économie précontact des Tsimshians.

[57] La teneur du débat sur le commerce « propre à une espèce » est généralement fonction des faits en cause. S'il avait été établi, par exemple, que les Tsimshians de la côte capturent tous les poissons qu'ils pouvaient et faisaient le commerce de tous les poissons capturés et que ces activités constituaient un élément déterminant de leur culture distinctive, le tribunal ne devrait pas « figer » le droit de pêche contemporain en le restreignant aux espèces qui vivaient en 1793 dans les eaux de la côte nord-ouest de la Colombie-Britannique. De nouvelles espèces se sont déplacées vers le nord en raison du réchauffement des océans, et certaines des anciennes espèces ont peut-être changé leurs habitudes migratoires pour se diriger vers l'Alaska. Il n'est pas question de faire fi de l'évolution des ressources halieutiques dans le nord-ouest du Pacifique, à moins que les faits propres à un dossier particulier ne fournissent des raisons impérieuses de le faire, comme dans le débat sur la récolte du panope du Pacifique dans *Ahousaht*

was an exception to the general sustenance fishery and the only subject matter of trade was eulachon grease.

[58] The trial judge made no findings regarding the quantity of eulachon grease traded in those ancient times (and presumably had no means of doing so given the lack of evidence), but it may be assumed that, given the very short eulachon fishing season and the laborious method of extraction of the grease previously described, the quantities were small relative to the overall pre-contact fishing activity of the industrious and productive Coast Tsimshian peoples. Accordingly, to extrapolate a modern commercial fishery from the pre-contact trade in eulachon grease would lack proportionality in *quantitative* terms relative to the overall pre-contact fishing activity as well.

[59] The trial judge concluded that transformation of the pre-contact eulachon grease trade into a modern commercial fishery would not be “evolution” but the creation of a different right. On that basis, the claim failed both the integrality and continuity requirements of the *Van der Peet* test. These findings were supported by the evidence.

#### C. Did the Trial Judge Err in Refusing to Make a Declaration in Relation to “Lesser and Included Rights”?

[60] The Lax Kw’alaams seek a declaration of “lesser included” Aboriginal rights to harvest fish of all species for consumption and sale “to sustain their communities, accumulate and generate wealth and maintain and develop their economy” (Second Amended Statement of Claim, at para. 31; A.F., at para. 136(b)(ii)). The Lax Kw’alaams also seek a declaration of entitlement to a s. 35(1) right

*Indian Band c. Canada (Attorney General)*, 2011 BCCA 237, 19 B.C.L.R. (5th) 20, sur lequel je ne me prononce pas. Cet exemple me paraît cependant fort différent de la situation qui nous occupe, où le commerce était l’exception à la pratique générale de la pêche à des fins de subsistance et où le seul objet du commerce était la graisse d’eulakane.

[58] La juge du procès n’a tiré aucune conclusion à l’égard du volume du commerce de la graisse d’eulakane à cette époque lointaine (et elle ne pouvait vraisemblablement pas le faire en raison du manque de preuve), mais la très courte durée de la saison de pêche à l’eulakane et la méthode laborieuse d’extraction de la graisse décrite précédemment permettent de supposer qu’il était très faible par rapport à l’ensemble de la pêche précontact pratiquée par les peuples vaillants et ingénieux des Tsimshians de la côte. Par conséquent, extrapoler à partir du commerce précontact de la graisse d’eulakane pour reconnaître l’existence d’un droit contemporain de pêcher commercialement serait également disproportionné, sur le plan *quantitatif*, par rapport à l’ensemble des activités de pêche précontact.

[59] La juge du procès a conclu que la métamorphose du commerce précontact de la graisse d’eulakane en une pêche commerciale moderne procéderait non pas d’une « évolution », mais de la création d’un droit différent. Par conséquent, la revendication ne remplissait pas les critères de partie intégrante et de continuité du test établi dans *Van der Peet*. La preuve étayait ces conclusions.

#### C. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en refusant de rendre un jugement déclaratoire sur les « droits moindres et inclus »?

[60] Les Lax Kw’alaams sollicitent un jugement déclaratoire confirmant leurs droits ancestraux « moins et inclus » de récolter toutes les espèces de poisson aux fins de consommation et de vente [TRADUCTION] « pour subvenir aux besoins de [leurs] collectivités, accumuler et générer de la richesse et maintenir et développer leur économie » (deuxième déclaration modifiée, par. 31; m.a.,

to a food, social and ceremonial fishery (A.F., at para. 136(b)(iii)).

[61] The categories of fishery are thus portrayed as falling along a spectrum with a subsistence food fishery at the bottom end and a full commercial fishery at the top end. Where this “lesser” commercial-type fishery falls on the spectrum is not altogether clear. In their final written argument at trial the Lax Kw’alaams characterized the *lesser* right as “[a] right to harvest all species of Fisheries Resources in the Lax Kw’alaams Territory for the purpose of selling those Fisheries Resources and their products, on a commercial scale, to sustain the Lax Kw’alaams community and accumulate and generate wealth” (para. 720 (emphasis added)). It is therefore a “lesser” right but nevertheless a *commercial* right, albeit on a more modest scale. How much more modest is not clear. The Lax Kw’alaams particularized the “amount of Fisheries Resources that the Plaintiffs need to sustain their communities” as “depending on a number of factors including availability of stocks and availability of markets for their Fisheries Resources. The Plaintiffs require enough Fisheries Resources which, when converted to money, will enable the communities to develop and maintain a prosperous economy” (Amended Response, at para. 57(c)).

[62] It seems to me that by rejecting the claim to the “greater” commercial fishery on the basis that *trade* in fish other than eulachon was not integral to pre-contact society, the trial judge was equally required to reject a “lesser” commercial right to fish “all species”. Her problem on this branch of the argument was not only the scale of the commercial fishery but whether and to what extent “trade” in the pre-contact period could support *any* sort of modern commercial fishery — whether full-scale or “lesser” in scope. Her conclusion that *trade* in fish apart from eulachon grease was *not* integral to

sous-al. 136b)(ii)). Les Lax Kw’alaams demandent aussi un jugement déclarant qu’ils ont le droit, protégé par le par. 35(1), de pêcher à des fins alimentaires, sociales et rituelles (m.a., sous-al. 136b)(iii)).

[61] Les différents types de pêche sont donc étalés sur une échelle, dont l’échelon inférieur correspond à la pêche de subsistance à des fins alimentaires et l’échelon supérieur à la pêche commerciale à part entière. On ne sait pas avec une certitude absolue à quel échelon se situe la pêche commerciale de « *moindre* » envergure. Dans son argumentation écrite finale, au procès, les Lax Kw’alaams ont décrit ce droit *moindre* comme [TRADUCTION] « [I]l droit de récolter toutes les espèces de ressources halieutiques sur le territoire des Lax Kw’alaams en vue de vendre ces ressources et leurs produits à une échelle commerciale pour subvenir aux besoins de la collectivité des Lax Kw’alaams, et pour accumuler et générer de la richesse » (par. 720 (je souligne)). Il s’agit donc d’un droit « *moindre* », mais néanmoins *commercial*, quoiqu’à une échelle plus modeste. Plus modeste à quel point? On ne le sait pas exactement. Les Lax Kw’alaams ont qualifié la [TRADUCTION] « quantité de ressources halieutiques nécessaires aux demandeurs pour subvenir aux besoins de leurs collectivités » de « tributaire de plusieurs facteurs, y compris de la disponibilité des ressources halieutiques et de l’existence de débouchés. Les demandeurs ont besoin de suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources, une fois converties en argent, permettent à leurs collectivités de développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)).

[62] J'estime qu'en rejetant la revendication du droit de pêcher commercialement « à une plus grande échelle » parce que le *commerce* d'autres poissons que l'eulakane ne faisait pas partie intégrante de la société précontact, la juge du procès devait également rejeter le droit commercial « *moindre* » de pêcher « toutes les espèces ». Le problème que lui posait ce volet de l'argument n'était pas seulement l'ampleur de la pêche commerciale, mais la question de savoir si, et dans quelle mesure, le « *commerce* » à l'époque précontact pouvait servir d'assise à une forme *quelconque*

Coast Tsimshian pre-contact society was as fatal to the lesser commercial claim as it was to the greater commercial claim.

[63] In any event, the trial judge stated that “neither party led evidence regarding any pre-contact practice of sustaining the community through trade on any scale” (para. 102).

[64] In the trial judge’s view, “it is relevant to the fairness of the proceedings that a party not introduce, at the stage of final submissions, new issues that were not properly the subject of adjudication” (para. 102). The Attorney General of Canada contends that the Lax Kw’alaams’ attempt to re-cast their claim in final argument was unfair because:

- (i) Rights to fish for sale on a lesser commercial scale were not advanced until final oral argument. The Lax Kw’alaams’ opening submissions, written and oral, were directed to fishing for commercial purposes.
- (ii) The particulars provided by counsel for the Lax Kw’alaams, were directed to “commercial scale” fishing, defined as “exchange of Fisheries Resources for money, goods or services, on a large scale” (Amended Response, at para. 54(d) (emphasis added)).
- (iii) The retainer letters to three of the Lax Kw’alaams experts sought their respective opinion in relation to “access to fisheries resources for commercial purposes”.

de pêche commerciale moderne — qu’il s’agisse d’une pêche commerciale à part entière ou d’une pêche de « moindre » envergure. La conclusion de la juge du procès que le *commerce* du poisson, hormis celui de la graisse d’eulakane, *ne faisait pas* partie intégrante de la société précontact des Tsimshians de la côte portait un coup aussi fatal à la revendication d’un droit commercial moindre qu’à celle d’un droit commercial plus étendu.

[63] Quoi qu’il en soit, la juge du procès a mentionné qu’[TRADUCTION] « aucune des parties n’a produit de preuve concernant une pratique précontact quelconque qui aurait consisté à subvenir aux besoins de la collectivité par un commerce de quelque envergure que ce soit » (par. 102).

[64] Selon la juge du procès, [TRADUCTION] « il est important pour l’équité du procès qu’une partie ne soulève pas, à l’étape de son exposé final, de nouvelles questions dont le tribunal n’a pas été dûment saisi » (par. 102). Le procureur général du Canada plaide que la tentative des Lax Kw’alaams de reformuler leur revendication lors de leur plaidoirie finale est inéquitable pour les raisons suivantes :

- (i) Le droit de pêcher à des fins de vente à une échelle commerciale de moindre envergure n’a pas été évoqué avant la plaidoirie finale. Les observations préliminaires — écrites et orales — des Lax Kw’alaams portaient sur la pêche à des fins commerciales.
- (ii) Les précisions fournies par les avocats des Lax Kw’alaams portaient sur la pêche à « l’échelle commerciale », définie comme [TRADUCTION] « l’échange à grande échelle de ressources halieutiques contre de l’argent, des biens ou des services » (réponse modifiée, al. 54d) (je souligne)).
- (iii) Les lettres adressées à trois des experts des Lax Kw’alaams pour retenir leurs services sollicitaient leur avis respectif sur [TRADUCTION] « l’accès aux ressources halieutiques à des fins commerciales ».

- (iv) The lay and expert witness evidence was led in relation to a full-scale commercial fishery.

This is not altogether surprising. Counsel for the Lax Kw'alaams may have concluded that to appear to dwell on lesser claims might signal to the court a lack of confidence in their clients' prospects of success in the claim to a full commercial fishery. It is never a wise practice to push a backup argument at the expense of the primary claim, and counsel should not be faulted for pursuing a time-honoured strategy, if indeed that is what they were up to.

[65] Nevertheless, quite apart from the Attorney General of Canada's procedural objections, there remained the problem of what exactly the trial judge was expected to say in the declaration of "lesser rights". Nothing in the prayer for relief in the Second Amended Statement of Claim suggested a wording for the declaration of a "lesser" commercial right and no precise wording for a declaration in that regard was proposed by counsel during argument in this Court or, it seems, in the courts below.

[66] The "lesser" claim bristled with difficulty. It was for access to sufficient fish which, "when converted to money", would enable the Lax Kw'alaams to "develop and maintain a prosperous economy" (Amended Response, at para. 57(c)). What does this mean? How would governments responsible for its implementation go about implementing it? Quite apart from the pleadings and other more substantive objections, no guidance was provided as to what standard of prosperity the Lax Kw'alaams sought or the basis on which such a standard would be quantified. The claimed "right" to enough fish to guarantee a "prosperous economy" has very far-reaching implications for fisheries management. A *Sparrow* justification is only required once a s. 35(1) right has been established. It is at the establishment stage that the Lax Kw'alaams' claim presented difficulties which, in my opinion,

- (iv) Les dépositions des témoins experts et professionnels concernaient la pêche commerciale à part entière.

Tout cela n'a rien de surprenant. Les avocats des Lax Kw'alaams ont sans doute conclu qu'en paraissant s'attarder sur la revendication de droits moindres, ils risquaient de donner au tribunal l'impression qu'ils doutaient des chances que la revendication par leurs clients d'un droit de pêche commerciale à part entière soit accueillie. Il n'est jamais sage de faire valoir un argument subsidiaire aux dépens de l'allégation principale, et on ne doit pas reprocher aux avocats de recourir à une tactique de longue date, si c'est vraiment ce qu'ils avaient en tête.

[65] Toutefois, sans égard aux objections procédurales du procureur général du Canada, on ne savait toujours pas ce que devait dire exactement la juge du procès dans la déclaration confirmant des « droits moindres ». La demande de redressement figurant dans la deuxième déclaration modifiée ne proposait aucune formulation pour l'énoncé d'un droit commercial « moindre », et les avocats n'ont proposé aucune formulation précise à cet égard lors de leur plaidoirie devant notre Cour ni, semble-t-il, devant les juridictions inférieures.

[66] La revendication d'un droit « moindre » comportait de nombreuses difficultés. Elle visait le droit de pêcher suffisamment de ressources halieutiques pour que ces ressources [TRADUCTION] « une fois converties en argent » permettent aux Lax Kw'alaams de « développer et de maintenir une économie prospère » (réponse modifiée, al. 57c)). Qu'est-ce que cela signifie? Comment les gouvernements chargés de la mise en œuvre de ce droit s'acquitteraient-ils de cette tâche? Indépendamment des actes de procédure et des autres objections touchant davantage le fond, aucune indication n'a été fournie quant à la norme de prospérité proposée par les Lax Kw'alaams ni quant au fondement sur lequel cette norme serait établie. Le « droit » revendiqué d'obtenir assez de poisson pour assurer une « économie prospère » a de très grandes conséquences sur la gestion des pêches. Une justification

the trial record did not oblige the trial judge to resolve.

[67] This is not like a treaty case where the court may be obliged to interpret its terms — however vague — because that is what the parties agreed to. Here nothing in this respect has been agreed to. The economic implications of even a “lesser” commercial fishery could be significant, and the Crown is entitled to proper notice of what “declaration” it was supposed to argue about and to test the evidence directed to that issue.

[68] In summary, the Lax Kw’alaams’ claim to a declaration of an Aboriginal right to a “lesser” commercial fishery was properly rejected, in my opinion.

*D. Did the Trial Judge Err in Failing to Award a Commercial Fishery Licence on the Basis of the Honour of the Crown?*

[69] The Lax Kw’alaams argued that the Crown had an implied obligation to preserve their access to a commercial fishery on a preferential basis as a result of Crown promises, express or implied, made during the reserve allotment process. They contended that the Crown’s express grant of fishing station reserves to the Coast Tsimshian — when interpreted in the light of the historical context and the Crown’s policy, purpose, and representations made during the allotment process — gave rise at least to an implied right to commercial fishing opportunities for the Lax Kw’alaams. The Crown’s purpose behind allotting fishing station reserves, they suggest, was to encourage coastal tribes to rely on the commercial fishery as their primary means of livelihood, as evidenced in an 1875 memorandum written by B.C. Attorney-General George Walkem

selon la norme décrite dans *Sparrow* n’est nécessaire qu’une fois établi un droit garanti par le par. 35(1). Or, c’est au stade de l’établissement du droit que la revendication des Lax Kw’alaams présentait des difficultés que, selon moi, la juge du procès n’avait pas à résoudre compte tenu du dossier qui lui avait été présenté.

[67] La présente espèce se distingue d’une affaire portant sur un traité, dont le tribunal peut être tenu d’interpréter les stipulations — aussi vagues soient-elles — parce que c’est ce dont les parties ont convenu. En l’espèce, les parties n’ont convenu de rien. Même les conséquences économiques d’une pêche commerciale « de moindre envergure » peuvent être considérables, et la Couronne a le droit d’être informée de la « déclaration » dont elle est censée débattre et de mettre à l’épreuve les éléments présentés à l’appui de celle-ci.

[68] Bref, c’est à juste titre, selon moi, que la demande par les Lax Kw’alaams d’une déclaration leur reconnaissant un droit ancestral de pratiquer une pêche commerciale « de moindre envergure » a été rejetée.

*D. La juge du procès a-t-elle commis une erreur en n'accordant pas un permis de pêche commerciale sur le fondement de l'honneur de la Couronne?*

[69] Les Lax Kw’alaams ont soutenu que la Couronne avait l’obligation implicite de préserver leur accès préférentiel à la pêche commerciale en raison de promesses, expresses ou implicites, qu’elle aurait faites lors de l’attribution des réserves. Selon les Lax Kw’alaams, l’octroi exprès par la Couronne de campements de pêche aux Tsimshians de la côte — interprété à la lumière du contexte historique ainsi que de la politique, de l’intention et des affirmations de la Couronne au cours du processus d’attribution — conférait à tout le moins implicitement aux Lax Kw’alaams le droit de profiter des possibilités de pêcher commercialement. Les Lax Kw’alaams affirment que la Couronne a attribué des campements de pêche dans le but d’inciter les tribus de la côte à compter sur la pêche commerciale comme principal moyen de subsistance,

and the instructions given by Canada to its Reserve Commissioner Peter O'Reilly.

[70] As stated earlier, the trial judge found that no *express* promise had been made of any preferential access to the commercial fishery (paras. 515-18 and 525).

[71] As to *implied* promises, the Lax Kw'alaams cite this Court's judgment in *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456. In that case the claimant was charged with a series of offences related to harvesting and selling eels. At issue was an eighteenth century peace treaty between the Mi'kmaq and the Crown pursuant to which the former agreed to trade *exclusively* at British truckhouses. In his defence, Mr. Marshall argued that his treaty right exempted him from the *Fisheries Act* regulations. There was no doubt about the existence of the treaty; the issue was one of treaty interpretation. A majority of the Court held that the treaty must be interpreted in a manner that "gives meaning and substance to the promises made by the Crown" (para. 52). It would be unreasonable to interpret the treaty to confer a trading right while withholding access to the resources it was contemplated would be traded. Accordingly, there was by necessity an implied promise to allow the Mi'kmaq to fish for trading purposes to buy "necessaries" (paras. 59 and 66). The Court was obliged to give meaning to the word "necessaries" which had been agreed to in the 1760-61 treaty negotiations.

[72] Here there is no treaty. The trial judge held there was no promise. The Crown, she found, never intended in the process of allocating reserves to grant the Lax Kw'alaams *preferential* access to the fishery. They were to be treated in the same manner as other fishers. She found that this intention was made clear to the Lax Kw'alaams and that the Crown never made any undertaking by word or conduct to the contrary (paras. 515 and 517).

comme en font foi la note écrite en 1875 par le procureur général de la Colombie-Britannique, George Walkem, et les directives données par le Canada à son commissaire des réserves, Peter O'Reilly.

[70] Rappelons que la juge du procès a conclu qu'aucune promesse *expresse* d'un quelconque droit préférentiel de pratiquer la pêche commerciale n'avait été faite (par. 515-518 et 525).

[71] En ce qui concerne les promesses *implicites*, les Lax Kw'alaams citent l'arrêt *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, de notre Cour. Le demandeur dans cette affaire était accusé de plusieurs infractions relatives à la pêche et à la vente d'anguilles. Il était question d'un traité de paix conclu au XVIII<sup>e</sup> siècle entre les Mi'kmaq et la Couronne dans lequel les Mi'kmaq acceptaient de faire commerce *exclusivement* aux maisons de troc britanniques. M. Marshall a soutenu en défense que son droit issu d'un traité le soustrayait à l'application des règlements d'application de la *Loi sur les pêches*. L'existence du traité ne faisait aucun doute; c'est l'interprétation du traité qui était en litige. Les juges majoritaires de la Cour ont conclu que le traité doit être interprété de manière à « donner sens et substance aux promesses faites par la Couronne » (par. 52). Il serait déraisonnable d'interpréter le traité comme accordant un droit de commercer tout en ne permettant pas l'accès aux ressources devant faire l'objet du commerce. Il existait donc nécessairement une promesse implicite d'autoriser les Mi'kmaq à pêcher à des fins commerciales pour se procurer des « biens nécessaires » (par. 59 et 66). Le tribunal était tenu de donner un sens au terme « biens nécessaires » sur lequel on s'était entendu lors des négociations menées en 1760 et 1761 en vue de conclure un traité.

[72] Aucun traité n'a été signé en l'espèce. La juge du procès a conclu qu'aucune promesse n'a été faite. À son avis, lors de l'attribution des réserves, la Couronne n'a jamais eu l'intention d'accorder aux Lax Kw'alaams un droit de pêche *préférentiel*. Les Lax Kw'alaams devaient recevoir le même traitement que les autres pêcheurs. D'après la juge du procès, cette intention a été exprimée sans équivoque aux Lax Kw'alaams, et la Couronne ne s'est

The Lax Kw'alaams' arguments based on fiduciary duties or the honour of the Crown necessarily fail in the absence of any substratum of relevant facts on which to base them.

jamais engagée, par ses propos ou sa conduite, à agir autrement (par. 515 et 517). Les arguments des Lax Kw'alaams fondés sur des obligations fiduciaires ou l'honneur de la Couronne doivent forcément être rejetés puisqu'il n'existe aucun fondement factuel pertinent sur lequel les appuyer.

## VI. Disposition

[73] Large amounts of time and resources were dedicated to a year-long trial to determine the commercial fisheries issue. Notwithstanding the facts that the people of the Coast Tsimshian have deep roots in the coastal fishery of what is now British Columbia, the evidence satisfied the trial judge that they were not a *trading* people, except in the limited area of species-specific eulachon grease. This is not to say the Lax Kw'alaams are without s. 35(1) rights. Their claim to Aboriginal title remains outstanding. In the meantime, as the record shows, they possess an Aboriginal fishing licence to take fish for food and ceremonial purposes.

[74] The appeal must be dismissed but, as in the courts below, without costs.

## APPENDIX

Ginaxangiik Tribe  
Gitandoah Tribe  
Gitwilgiots Tribe  
Git'tsiis Tribe  
Gitnadoiks Tribe  
Gispaxloats Tribe  
Gitlan Tribe  
Gitzaxlaal Tribe  
Gitlutzau Tribe

*Appeal dismissed.*

*Solicitors for the appellants: Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Solicitor for the respondent the Attorney General of Canada: Department of Justice Canada, Vancouver.*

## VI. Dispositif

[73] Beaucoup de temps et de ressources ont été consacrés pendant un an à l'instruction de la question de la pêche commerciale. Même si le peuple des Tsimshians de la côte pratique depuis longtemps la pêche sur les côtes de ce qui est maintenant la Colombie-Britannique, la preuve a convaincu la juge du procès que ce n'était pas un peuple de *commerçants*, sauf dans le domaine limité, propre à une espèce, de la graisse d'eulakane. Cela ne veut pas dire que le par. 35(1) ne garantit aucun droit aux Lax Kw'alaams. Leur revendication d'un titre aborigène n'a pas encore été tranchée. En attendant qu'elle le soit, les Lax Kw'alaams détiennent, selon le dossier, un permis de pêche autochtone leur permettant de prendre du poisson à des fins alimentaires et rituelles.

[74] Il faut rejeter le pourvoi, mais sans dépens, comme devant les juridictions inférieures.

## ANNEXE

Tribu des Ginaxangiik  
Tribu des Gitandoah  
Tribu des Gitwilgiots  
Tribu des Git'tsiis  
Tribu des Gitnadoiks  
Tribu des Gispaxloats  
Tribu des Gitlan  
Tribu des Gitzaxlaal  
Tribu des Gitlutzau

*Pourvoi rejeté.*

*Procureurs des appellants : Ratcliff & Company, North Vancouver.*

*Procureur de l'intimé le procureur général du Canada : Ministère de la Justice Canada, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.*

*Solicitor for the intervener the Attorney General of Ontario: Attorney General of Ontario, Toronto.*

*Solicitors for the intervener the Metlakatla Band: Mandell Pinder, Vancouver.*

*Solicitor for the interveners the B.C. Wildlife Federation and the B.C. Seafood Alliance: J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Solicitors for the intervener the Gitxaala Nation: Woodward & Company, Victoria.*

*Solicitors for the intervener the Te'Mexw Treaty Association: Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique : Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.*

*Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Procureur général de l'Ontario, Toronto.*

*Procureurs de l'intervenante la Bande de Metlakatla : Mandell Pinder, Vancouver.*

*Procureur des intervenantes B.C. Wildlife Federation et B.C. Seafood Alliance : J. Keith Lowes, Vancouver.*

*Procureurs de l'intervenante la Nation Gitxaala : Woodward & Company, Victoria.*

*Procureurs de l'intervenante l'Association du traité des Te'Mexw : Janes Freedman Kyle Law Corporation, Victoria.*