

T-1858-84

T-1858-84

Pacific Fishermen's Defence Alliance, Prince Rupert Fishermen's Co-operative Association, Co-op Fishermen's Guild, Pacific Trollers Association, Pacific Gillnetters Association, Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, Northern Trollers Association, Gulf Trollers Association, Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia and Deep Sea Trawlers Association of B.C. and B.C. Wildlife Federation (*Plaintiffs*)

v.

The Queen in right of Canada, Minister of Indian Affairs and Northern Development and Fred Walchli (Interim Federal Negotiator, Nishga Land Claim) (*Defendants*)

and

Nisga'a Tribal Council (*Intervenor*)

INDEXED AS: PACIFIC FISHERMEN'S DEFENCE ALLIANCE v. CANADA

Trial Division, Dubé J.—Vancouver, February 4 and 12, 1987.

Native peoples — Aboriginal rights — Fishing rights — Negotiations — Interlocutory injunction denied — Plaintiffs having no right to intervene in negotiations between Crown and Indians — No serious issue to be tried — Fisheries and aboriginal rights within exclusive jurisdiction of Parliament — No duty of fairness to third parties — National government speaking for all interested parties — Consultations sufficient — Granting injunction would prejudice negotiations — Canadian Charter of Rights and Freedoms, being Part I of the Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), ss. 7, 25 — Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the Constitution Act, 1982, Item 1), ss. 91(12), 92 — Constitution Act, 1982, Schedule B, Canada Act 1982, 1982, c. 11 (U.K.), s. 35(1),(3) (as added by Constitution Amendment Proclamation, SI/84-102) — Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14.

Fisheries — Associations of commercial fishermen seeking injunction to restrain conclusion of land claims agreement between tribal council and federal Crown — Whether Crown having power to abrogate right of access to sea fishery — Whether transfer to Indians of federal right to manage fisheries ultra vires — Aboriginal rights including fisheries — Public right to fish may be regulated on tidal waters by federal government — Plaintiffs cannot oppose settlement of aboriginal rights enshrined in Constitution — Minister authorized to issue and cancel fishing licences — No irrepa-

Pacific Fishermen's Defence Alliance, Prince Rupert Fishermen's Co-operative Association, Co-op Fishermen's Guild, Pacific Trollers Association, Pacific Gillnetters Association, Pacific Coast Fishing Vessel Owners' Guild, Northern Trollers Association, Gulf Trollers Association, Fishing Vessel Owners' Association of British Columbia et Deep Sea Trawlers Association of B.C. et B.C. Wildlife Federation (*demandereses*)

c.

La Reine du chef du Canada, ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, et Fred Walchli (négociateur fédéral intérimaire, revendications foncières des Nishgas) (*défendeurs*)

et

d Conseil tribal des Nishgas (*intervenant*)

RÉPERTORIÉ: PACIFIC FISHERMEN'S DEFENCE ALLIANCE c. CANADA

Division de première instance, juge Dubé—Vancouver, 4 et 12 février 1987.

Peuples autochtones — Droits ancestraux — Droits de pêche — Négociations — Injonction interlocutoire refusée — Les demandereses n'ont pas le droit d'intervenir dans les négociations entre la Couronne et les Indiens — Inexistence d'une question sérieuse à trancher — Les pêcheries et les droits ancestraux relèvent exclusivement de la compétence du Parlement — Aucune obligation d'agir équitablement à l'égard de tiers — Le gouvernement national représente toutes les parties intéressées — Consultations suffisantes — L'octroi d'une injonction porterait atteinte aux négociations — Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la Partie I de la Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 7, 25 — Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), annexe de la Loi constitutionnelle de 1982, n° 1), art. 91(12), 92 — Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11 (R.-U.), art. 35(1),(3) (ajouté par la Proclamation modifiant la Constitution, TR/84-102) — Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14.

Pêcheries — Les associations de pêcheurs commerciaux sollicitent une injonction qui interdirait la signature d'un accord sur des revendications territoriales entre un conseil tribal et la Couronne fédérale — La Couronne a-t-elle le droit d'abolir le droit de pratiquer la pêche en mer — Le transfert à des Indiens du pouvoir fédéral de gérer les pêcheries est-il ultra vires? — Les droits ancestraux comprennent les pêcheries — Le droit du public de pêcher dans les eaux à marée peut être réglementé par le gouvernement fédéral — Les demandereses ne sauraient s'opposer au règlement des droits ances-

nable harm since reallocation of fishery to Indians to be by purchase of licences at fair market value.

Practice — Parties — Intervention — Associations of commercial fishermen having no right to intervene in negotiations between Crown and Indians on aboriginal fishing rights — No serious issue to be tried — No irreparable harm — Balance of convenience against granting interlocutory injunction — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 469.

The Crown in right of Canada and the Nisga'a Indians of British Columbia were in the process of negotiating native land claims. The negotiator indicated that he was proposing to grant a portion of the tidal fisheries to the Nisga'a as part of the settlement.

All but one of the plaintiffs are associations of licensed commercial fishermen operating on the tidal fisheries of British Columbia. To protect their interests before it is too late to do so, they seek an interlocutory injunction under Rule 469 to restrain the defendants from concluding an agreement with the Nisga'a until trial or further notice.

The plaintiffs allege that they have a right of access to the sea fishery which cannot be restricted by the Crown, that the rights to the sea fishery are vested in the Crown in right of British Columbia, that the federal Crown cannot abandon its sovereign legislative power over fisheries to the Nisga'a or that granting exclusive fishery rights to the Nisga'a would deprive the plaintiffs of liberty protected by section 7 of the Charter. They say that an agreement before trial would deprive them of their remedy but that an injunction would cause no prejudice to the defendants.

The Crown replies that fisheries are within the exclusive jurisdiction of the federal Parliament, that the plaintiffs' temporary right to specific fisheries is subject to federal management and control and that fisheries are included in the aboriginal rights recognized and affirmed in the Constitution and which the federal government has the duty to negotiate with Indians in an attempt to settle them. The Crown points out that the plaintiffs' contention is a novel one and argues that it would be disruptive if the Crown were obliged to bring in as parties to the negotiations outside groups with private interests. Information and consultation should be enough. Furthermore, the negotiator has no authority to finalize any agreement. It was further argued that, the negotiator not being a board or presiding officer at a hearing, the plaintiffs have no right in law to a fair hearing at a negotiating procedure between two other parties. The Crown finally argues that stopping the negotiations would cause irreparable harm.

Held, the application is dismissed.

Aboriginal rights include fisheries and both are within the exclusive jurisdiction of Parliament.

Since these negotiations have been in progress for ten years, the *status quo* requires that they continue. There is also no

traux qui sont enchâssés dans la constitution — Le ministre peut émettre et révoquer des permis de pêche — Il n'y a pas préjudice irréparable puisque la nouvelle attribution de pêcheries aux Indiens doit se faire par voie d'achat de permis selon la juste valeur marchande.

a Pratique — Parties — Intervention — Les associations de pêcheurs commerciaux n'ont pas le droit d'intervenir dans les négociations entre la Couronne et les Indiens sur les droits ancestraux de pêche — Inexistence d'une question sérieuse à trancher — Aucun préjudice irréparable — Compte tenu de la règle du plus grand préjudice, il n'y a pas lieu à injonction interlocutoire — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 469.

La Couronne du chef du Canada et les Indiens Nishgas de Colombie-Britannique négociaient un accord sur des revendications territoriales. Le négociateur a fait savoir qu'il proposait d'accorder une partie des pêcheries en marée aux Nishgas pour régler certaines de leurs revendications.

Toutes les demandereses sauf une sont des associations de pêcheurs commerciaux autorisés qui se livrent à la pêche en marée en Colombie-Britannique. Pour protéger leurs intérêts avant qu'il ne soit trop tard, elles invoquent la Règle 469 pour solliciter une injonction interlocutoire qui interdirait aux défendeurs de conclure un accord avec les Nishgas jusqu'au procès ou jusqu'à nouvel ordre.

Les demandereses soutiennent que la Couronne ne saurait restreindre leur droit de pratiquer la pêche en mer, que le droit à la pêche en mer est du ressort de la Couronne du chef de la Colombie-Britannique, que la Couronne fédérale ne saurait renoncer à son pouvoir législatif souverain relatif aux pêcheries au profit des Nishgas, ou qu'accorder des pêcheries exclusives aux Nishgas les priverait de la liberté garantie par l'article 7 de la Charte. Elles prétendent qu'un accord avant le procès les priverait de leur recours, mais qu'une injonction ne causerait aucun préjudice aux défendeurs.

En réponse, la Couronne fait valoir que les pêcheries relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral, que le droit temporaire des demandereses à des pêcheries déterminées est assujéti à la gestion et au contrôle du gouvernement fédéral et que les pêcheries sont comprises dans les droits ancestraux que la Constitution reconnaît et confirme et que le gouvernement fédéral est tenu de négocier avec les Indiens en vue de les établir. La Couronne souligne que la prétention des demandereses est nouvelle, et elle fait valoir que si elle était tenue de faire intervenir des groupes étrangers ayant des intérêts privés pour qu'ils participent aux négociations, celles-ci en seraient perturbées. L'information et la consultation devraient suffire. De plus le négociateur n'est pas autorisé à finaliser les accords. Il a en outre été soumis que, le négociateur n'étant ni un officier ni un fonctionnaire qui préside une audience, les demandereses n'ont pas droit à une audience impartiale dans une procédure de négociation entre deux autres parties. La Couronne soutient en dernier lieu que l'interruption des négociations causerait un préjudice irréparable.

Jugement: la demande est rejetée.

Les droits ancestraux comprennent les pêcheries, et les deux relèvent de la compétence exclusive du Parlement.

Puisque ces négociations se poursuivent depuis dix ans, le statu quo exige de les continuer. Rien ne garantit que, si les

assurance that if the plaintiffs are granted the injunction but are unsuccessful at trial, they could reimburse for the harm to the negotiations caused by the delay. Other negotiations with tribes would be disturbed by the spectre of an injunction hanging over all of them.

The arbitrator is not a tribunal and the negotiations are not a hearing, so no duty is owed to parties outside the negotiations. Consultation is not participation. Furthermore, only the national government can speak for all interested third parties.

In view of the affidavit evidence that any change in allocation of fisheries would be accomplished by the purchase of licences at fair market value, the situation was not one involving irreparable harm.

The plaintiffs had failed to establish that there is a serious issue to be tried or irreparable harm and the balance of convenience favours the defendants.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Kruger et al. v. The Queen, [1978] 1 S.C.R. 104; *Sparrow v. R.* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300 (C.A.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791 (C.A.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

DISTINGUISHED:

Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. National Farm Products Marketing Council, [1986] 2 F.C. 247; (1986), 65 N.R. 392 (C.A.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (B.C.C.A.).

REFERRED TO:

Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 2 F.C. 93 (C.A.).

COUNSEL:

C. Harvey for plaintiffs.
G. O. Eggertson for defendants.
J. R. Aldridge for intervenor.

SOLICITORS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, for plaintiffs.
Deputy Attorney General of Canada for defendants.

demandereses obtiennent l'injonction, mais qu'elles n'obtiennent pas gain de cause au procès, elles seront en mesure de réparer le préjudice causé par le retard qui surviendra dans les négociations. D'autres négociations avec d'autres tribus seraient perturbées par le spectre d'une injonction qui menacerait toutes ces tables de négociation.

L'arbitre n'est pas un tribunal et les négociations ne constituent pas une audition, ce qui fait qu'il n'existe aucune obligation envers les parties étrangères aux négociations. Consultation n'est pas participation. De plus, seul le gouvernement national peut représenter tous les tiers intéressés.

Étant donné la preuve sous forme d'affidavit selon laquelle toute modification de l'attribution des pêcheries se ferait par l'achat de permis selon leur juste valeur marchande, il ne s'agissait pas d'une situation donnant lieu à un préjudice irréparable.

Les demandereses n'ont pas établi l'existence d'une question sérieuse à trancher ou d'un préjudice irréparable, et la règle du plus grand préjudice joue en faveur des défendeurs.

JURISPRUDENCE

d DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Kruger et autre c. La Reine, [1978] 1 R.C.S. 104; *Sparrow v. R.* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300 (C.A.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700 (P.C.); *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791 (C.A.); *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Conseil national de commercialisation des produits de ferme, [1986] 2 C.F. 247; (1986), 65 N.R. 392 (C.A.); *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577 (C.A.C-B.).

g

DÉCISIONS CITÉES:

Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada, [1914] A.C. 153 (P.C.); *Gulf Trollers Assn. c. Canada (ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 2 C.F. 93 (C.A.).

h

AVOCATS:

C. Harvey pour les demandereses.
G. O. Eggertson pour les défendeurs.
J. R. Aldridge pour l'intervenant.

i

PROCUREURS:

Russell & DuMoulin, Vancouver, pour les demandereses.
Le sous-procureur général du Canada pour les défendeurs.

j

Rosenbloom & Aldridge, Vancouver, for intervenor.

Rosenbloom & Aldridge, Vancouver, pour l'intervenant.

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

DUBÉ J.: This application is for an order pursuant to Rule 469 [*Federal Court Rules*, C.R.C., c. 663] that the defendants be restrained from concluding, initialling or announcing a land claims agreement with the Nisga'a Tribal Council until trial or further notice.

LE JUGE DUBÉ: La présente demande vise à obtenir une ordonnance, sous le régime de la Règle 469 [*Règles de la Cour fédérale*, C.R.C., chap. 663], qui interdirait aux défendeurs de conclure, de parapher ou d'annoncer un accord sur des revendications territoriales avec le conseil tribal des Nishgas jusqu'au procès ou jusqu'à nouvel ordre.

Apart from the B.C. Wildlife Federation, which represents numerous sports fishermen and clubs with interest in the fresh water fisheries of British Columbia, the plaintiffs are associations of licensed commercial fishermen who operate on the tidal fisheries of the west coast of Canada.

À part la B.C. Wildlife Federation, qui représente plusieurs pêcheurs sportifs et clubs de pêcheurs sportifs qui s'intéressent aux pêches en eau douce de la Colombie-Britannique, les demandereses sont des associations de pêcheurs commerciaux autorisés qui se livrent à la pêche en marée sur la côte ouest du Canada.

In their statement of claim, the plaintiffs allege that they have a right of access to the sea fishery which is in law a liberty not to be restricted or removed by any exercise of the prerogatives of the Crown. In the alternative, they claim that the rights to the sea fishery are vested in the Crown in right of the Province of British Columbia and cannot be abrogated by the exercise of any federal power. They allege that any purported allocation or grant of exclusive rights to apportion those fisheries is *ultra vires* and any purported transfer to the Nisga'a Tribe of the federal right to manage or regulate those fisheries is *ultra vires* the federal power, being an abandonment of the sovereign legislative power vested in Parliament by the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1)]. As a further alternative, they claim that any agreement with the Nisga'a granting them exclusive fisheries over these waters will deprive the plaintiffs of a liberty pursuant to section 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)].

Dans leur déclaration, les demandereses soutiennent qu'elles ont le droit de pratiquer la pêche en mer qui, sur le plan juridique, constitue une liberté que la Couronne, dans l'exercice de ses prérogatives, ne saurait restreindre ni supprimer. Elles soutiennent subsidiairement que le droit à la pêche en mer est du ressort de la Couronne du chef de la province de la Colombie-Britannique et que le pouvoir fédéral ne saurait abolir ce droit. Toujours selon les demandereses, tout acte visant à répartir ou à octroyer le droit exclusif d'attribuer ces pêcheries est *ultra vires*, et il en est ainsi pour tout acte visant à transférer à la tribu des Nishgas le pouvoir fédéral d'organiser ou de réglementer ces pêcheries, car cela revient à renoncer au pouvoir législatif souverain que le Parlement tient de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.) [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*)]. Elles prétendent en outre que tout accord conclu avec la tribu des Nishgas pour lui accorder des pêcheries exclusives dans ces eaux les privera d'une liberté garantie par l'article 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la Partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982, annexe B, Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.)].

As appears from affidavits filed in support of this motion, the plaintiffs wrote on May 3, 1984 to the then Minister of Indian and Northern Affairs ("the Minister") requesting a right to a fair hearing in the Nisga'a land claims negotiations, which the plaintiffs feared involved a proposal to grant a portion of the fishery to the Nisga'a Tribal Council. On June 8, 1984 the chief federal negotiator, John Bene, ("the negotiator") answered that no agreement had been reached and that negotiations were continuing. (The defendant Fred Walchli is the present negotiator.) On June 26, 1984 the then Minister advised that "at this exploratory stage, all discussions between the various parties, the Federal Government, the British Columbia Government and the Nisga'a Tribal Council, are being held in camera". Some three meetings were held between the Offices of Native Claims and representatives of the plaintiffs. The latter were briefed in general terms but no documents were produced.

Further correspondence followed. In the course of injunction proceedings launched before the Supreme Court of British Columbia, a document was filed indicating that the negotiator was proposing to grant a portion of the fisheries to the Nisga'a Tribal Council as part of a claim settlement.

The plaintiffs say that they are alarmed at the prospect of the negotiator reaching an agreement with the Nisga'a Tribal Council granting away a portion of the fisheries and fear that once an agreement in principle is reached after a decade or more of negotiating, there will be very little room for further negotiation. They want their action before this Court to be resolved before the defendants are allowed to come to an agreement without the plaintiffs' participation.

The plaintiffs also point to a recent address of the present Minister to the House of Commons, December 18, 1986 announcing "a comprehensive native land claims policy" and to a published policy paper wherein the Minister wished "to make it clear that the mandate of all federal

Il ressort des affidavits déposés à l'appui de la présente requête que les demanderses ont, le 3 mai 1984, écrit au ministre des Affaires indiennes et du Nord de l'époque («le ministre») en disant qu'elles avaient le droit d'être entendues équitablement dans les négociations sur les revendications foncières des Nishgas, car elles craignaient qu'à la suite de ces négociations, le Conseil tribal des Nishgas ne se voie offrir une partie des pêcheries. Le 8 juin 1984, le négociateur fédéral principal, John Bene («le négociateur») a répondu qu'aucune entente n'avait été conclue et que les négociations se poursuivaient. (Le défendeur Fred Walchli est l'actuel négociateur.) Le 26 juin 1984, le ministre de l'époque a fait savoir que [TRADUCTION] «à ce stade préliminaire, les discussions entre les différentes parties, le gouvernement fédéral, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le Conseil tribal des Nishgas se déroulent à huis clos». Trois réunions ont eu lieu entre les bureaux des revendications des autochtones et les représentants des demanderses. On a transmis à ces derniers des instructions générales, mais aucun document n'a été produit.

Il y a eu par la suite un échange de correspondance. Au cours d'une action en injonction intentée devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique, on a déposé un document selon lequel le négociateur proposait d'accorder une partie des pêcheries au Conseil tribal des Nishgas pour régler certaines de leurs revendications.

Les demanderses disent qu'elles sont très préoccupées par l'éventualité d'une entente conclue par le négociateur avec le Conseil tribal des Nishgas à qui il céderait une partie des pêcheries, et craignent que, lorsqu'une entente de principe aura été conclue après une décennie ou plus de négociations, il n'y aura vraisemblablement plus d'autres négociations. Elles souhaitent que la Cour statue sur leur action avant que les défendeurs ne soient autorisés à parvenir à une entente sans qu'elles y participent.

Les demanderses font également état d'un discours que l'actuel ministre a récemment prononcé à la Chambre des communes le 18 décembre 1986 et au cours duquel il a annoncé «une politique sur les revendications foncières globales des autochtones»; elles citent en outre un document d'orienta-

negotiators will explicitly require that third parties be consulted”.

It is trite law that in order to obtain an interlocutory injunction, the applicant must show: (1) that there is a serious issue to be tried; (2) that he will suffer irreparable harm; (3) that the balance of convenience favours him.

In support of their application for an injunction, the plaintiffs argue that there is indeed a serious issue to be tried. They assert that there will be irreparable harm if an important portion of the western fisheries is taken away from them and allocated to the Nisga'a Tribe. They allege that the balance of convenience weighs in their favour as negotiations could still continue until trial, provided no agreement is signed before that date.

In *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in Right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577, the British Columbia Court of Appeal granted an injunction to two Indian bands restraining MacMillan Bloedel from logging on an island lying off the west coast of Vancouver. The injunction raised two questions which the Court answered in the affirmative: whether there is a fair issue to be raised as to the existence of the right and whether the property should be preserved in its present actual condition until the question can be disposed of at trial. The Court held that if an injunction prevents MacMillan Bloedel from logging pending the trial, and the Court eventually decides that MacMillan Bloedel has the right to log, then the timber will still be there and MacMillan Bloedel will not have suffered an irreparable harm.

The plaintiffs claim that, similarly in the instant case, if the injunction is granted and the plaintiffs' action is dismissed at trial, the negotiations can still continue; whereas should an agreement be concluded between the government and the Nisga'a Tribal Council before trial, then it will be too late for the plaintiffs to make their case.

tion publié dans lequel le ministre désirait [TRANSDUCTION] «préciser que le mandat de tous les négociateurs fédéraux exigera explicitement une consultation des tiers».

^a Il est de droit constant que, pour obtenir une injonction interlocutoire, le requérant doit établir 1) qu'il existe une question sérieuse à trancher, 2) qu'il va subir un préjudice irréparable, 3) que la règle du plus grand préjudice joue en sa faveur.

À l'appui de leur requête en injonction, les demanderesse soutiennent qu'il existe effectivement une question sérieuse à trancher. Elles affirment que le fait de leur soustraire une portion importante des pêcheries de la côte ouest et de l'attribuer à la tribu des Nishgas constitue un préjudice irréparable. Elles soutiennent que la règle du plus grand préjudice joue en leur faveur, ^d puisque les négociations pourraient se poursuivre jusqu'au procès, pourvu qu'aucune entente ne soit signée avant cette date.

Dans l'affaire *MacMillan Bloedel Ltd. v. Mullin; Martin v. R. in right of B.C.*, [1985] 3 W.W.R. 577, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accordé une injonction à deux bandes indiennes, interdisant à MacMillan Bloedel de se livrer à l'abattage du bois sur une île qui s'étend au large de la côte ouest de Vancouver. L'injonction a soulevé deux questions auxquelles la Cour a répondu par l'affirmative: il s'agissait de savoir s'il existe une question juste qu'on peut soulever concernant l'existence du droit des requérantes et s'il y a lieu de maintenir le bien-fonds dans son état actuel jusqu'à ce que la question soit tranchée au procès. La Cour a statué que si une injonction empêche MacMillan Bloedel de se livrer à l'abattage du bois en attendant le procès, et que si elle décide en fin de compte que MacMillan Bloedel a le droit de le faire, le bois sera toujours là et celle-ci n'aura pas subi de préjudice irréparable.

ⁱ Dans le même ordre d'idées, les demanderesse prétendent que, en l'espèce, si l'injonction est accordée et que leur action soit rejetée au procès, les négociations pourront toujours se poursuivre, alors que si une entente est conclue entre le gouvernement et le Conseil tribal des Nishgas avant le procès, il sera alors trop tard pour qu'elles plaident leur cause.

The plaintiffs allege that they are interested parties in the matter. They exercise a public right to fish on Canadian tidal waters. That right will be affected by a claim settlement. They have a right to a fair hearing and that right has been confirmed by government policy, so they claim.

The plaintiffs canvassed a 1913 Privy Council decision, *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153. The Court held therein that the right of fishing in the sea is a public right, not dependent upon any proprietary right, and that the Dominion has the exclusive right of legislating with regard to it. They rely mostly on these pronouncements of Viscount Haldane (at page 167):

But in the case of tidal waters (whether on the foreshore or in estuaries or tidal rivers) the exclusive character of the title is qualified by another and paramount title which is prima facie in the public.

and (at page 169):

But their Lordships are in entire agreement with him on his main proposition, namely, that the subjects of the Crown are entitled as of right not only to navigate but to fish in the high seas and tidal waters alike . . . The right into which this practice has crystallized resembles in some respects the right to navigate the seas or the right to use a navigable river as a highway . . .

The plaintiffs submit, therefore, that they have a strong case and are entitled to a *status quo* pending trial. Should negotiations be concluded before trial, they say they will have been deprived of their remedy, whereas an injunction would cause no prejudice to the defendants. The injunction would merely postpone any announcement as to the fishing component of the negotiations and the negotiations will be free to proceed with agreements on other elements being negotiated, *viz.* land, forests, etc.

On the other hand, I must accept the first proposition of the Crown, that aboriginal rights do exist and they include fisheries. Dickson J. (now Chief Justice of the Supreme Court of Canada) said as follows in *Kruger et al. v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 104, wherein he said [at page 109] that:

Les demandereses font valoir qu'elles ont en l'espèce un intérêt pour agir. Elles exercent un droit public qui consiste à pêcher dans les eaux à marée canadiennes et auquel le règlement des revendications va porter atteinte. Elles ont droit à une audience impartiale et ce droit a été confirmé par la politique gouvernementale, prétendent-elles.

Les demandereses ont examiné minutieusement l'arrêt *Attorney-General for British Columbia v. Attorney-General for Canada*, [1914] A.C. 153, que le Conseil privé a rendu en 1913. La Cour a statué que le droit de pêche en mer est un droit public qui ne dépend nullement d'un droit de propriété, et que le Dominion a le droit exclusif de légiférer à cet égard. Elles s'appuient surtout sur les propos tenus par le vicomte Haldane (à la page 167):

[TRADUCTION] Mais dans le cas des eaux à marée (que ce soit sur les lacs, dans les estuaires ou les rivières à marée), le caractère exclusif du titre est atténué par un autre droit qui est primordial et qui appartient de prime abord au public.

et (à la page 169):

[TRADUCTION] Mais leurs seigneuries souscrivent entièrement à sa proposition principale selon laquelle les sujets de la Couronne peuvent de plein droit non seulement naviguer mais aussi pêcher dans les hautes mers et les eaux à marée . . . Le droit qui a cristallisé cette pratique ressemble à certains égards au droit de naviguer sur les mers ou d'utiliser une rivière navigable comme une voie publique . . .

Les demandereses soutiennent donc qu'elles disposent d'arguments solides et qu'elles ont droit au statu quo en attendant le procès. Si les négociations aboutissaient avant le procès, elles seraient privées de leur recours, alors qu'une injonction ne causerait aucun préjudice aux défendeurs. L'injonction aurait pour simple conséquence de remettre à plus tard une déclaration quant à l'aspect «pêche» des négociations, et celles-ci pourraient suivre leur cours avec la conclusion d'accords sur d'autres éléments qui sont négociés, à savoir les terres, forêts, etc.

D'autre part, je dois souscrire à la première proposition de la Couronne selon laquelle les droits aborigènes existent vraiment et comprennent les pêcheries. Dans l'arrêt *Kruger et autre c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 104, le juge Dickson (maintenant juge en chef de la Cour suprême du Canada) s'est prononcé en ces termes [à la page 109]:

Claims to aboriginal title are woven with history, legend, politics and moral obligations.

Another relevant decision is that of the British Columbia Court of Appeal, *Sparrow v. R.* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300. At the outset the Court states that:

Before April 1982 it was clearly the law that fishing by Indians, even if in exercise of an aboriginal right to fish was subject to any controls imposed by the Fisheries Act, R.S.C. 1970, c. F-14, and the regulations made thereunder.

The issue in that appeal was whether that power to regulate is now limited by subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.)].

In a 1898 Privy Council decision, *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700, the Privy Council held *inter alia* that the enactment of fishery regulations and restrictions is within the exclusive competence of the federal parliament and is not within the legislative powers of provincial legislators.

As to the 1913 Privy Council decision above referred to by the plaintiffs, although that judgment recognizes to the public a general right to fish, that right may be regulated on tidal waters by the federal government. Viscount Haldane said (at page 169):

But to the practice and the right there were and indeed still are limits, or perhaps one should rather say exceptions.

and (at page 170):

... that no public right of fishing in such waters, then existing, can be taken away without competent legislation. (My underlining.)

The competent legislation is obviously the *Fisheries Act* [R.S.C. 1970, c. F-14].

In a Federal Court of Appeal decision released on November 3, 1986, *Gulf Trollers Assn. v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, [1987] 2 F.C. 93, wherein Marceau J., on behalf of the Court, held that in the exercise of the Parliament's legislative competence under subsection 91(12) of the *Constitution Act, 1867*, it may

Les revendications de titres aborigènes reposent aussi sur l'histoire, les légendes, la politique et les obligations morales.

L'arrêt rendu par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'affaire *Sparrow v. R.* (1986), 9 B.C.L.R. (2d) 300 est également pertinent. Au début, la Cour fait cette déclaration:

[TRADUCTION] La règle établie est que, avant le mois d'avril 1982, la pêche à laquelle se livraient les Indiens, même s'ils exerçaient un droit de pêche ancestral, était soumise aux contrôles imposés par la Loi sur les pêcheries, S.R.C. 1970, chap. F-14, et ses règlements d'application.

Dans cet appel, il s'agissait de savoir si le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, chap. 11* (R.-U.)] limite maintenant ce pouvoir de réglementation.

Dans son arrêt de 1898 *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorneys-General for the Provinces of Ontario, Quebec, and Nova Scotia*, [1898] A.C. 700, le Conseil privé a statué notamment que l'adoption de règlements et de restrictions sur les pêcheries relève, non pas des législatures provinciales, mais de la compétence exclusive du Parlement fédéral.

Pour ce qui est de l'arrêt rendu par le Conseil privé en 1913 et que les demandereses ont cité ci-dessus, il est reconnu dans cet arrêt que le public a le droit général de pêcher, mais que ce droit sur les eaux à marée peut être réglementé par le gouvernement fédéral. Le vicomte Haldane a fait cette remarque (à la page 169):

[TRADUCTION] Mais il a existé et il existe encore des limites ou peut-être, dirait-on, des exceptions qui s'imposent à la pratique et au droit.

et (à la page 170):

[TRADUCTION] ... Le droit public de pêcher dans ces eaux, qui existait à l'époque, ne saurait être supprimé que par un texte législatif applicable. (C'est moi qui souligne.)

Or, la loi applicable est, à l'évidence, la *Loi sur les pêcheries* [S.R.C. 1970, chap. F-14].

Dans l'arrêt *Gulf Trollers Assn. c. Canada (ministre des Pêches et Océans)*, [1987] 2 C.F. 93, rendu par la Cour d'appel fédérale le 3 novembre 1986, le juge Marceau a, au nom de la Cour, statué que, dans l'exercice de la compétence législative que lui confère le paragraphe 91(12) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le Parlement peut

establish close and open times for catching fish, not only for the purpose of conservation but also for a purpose of socio-economic nature. Referring to the distribution of legislative powers under sections 91 and 92 between the central Parliament and the provincial legislatures, he said that the distribution was made on the basis of classes of subjects, not of interests or concerns.

The Crown submits that Parliament may manage the fishery on socio-economic or on other grounds, including allocation to Indians. If, in the course of management, damages are caused to other parties, then compensation is available: in that sense allocation of quotas or licences does not cause irreparable damages to present holders of fishing licences.

Amended Part 1 of the *Constitution Act, 1982* (i.e. the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*) now provides under section 25 that the guarantee in the Charter shall not be construed so as to abrogate or derogate from any aboriginal treaty or other aboriginal rights. Subsection 35(1) provides that the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada are recognized and affirmed. Subsection 35(3) [as added by *Constitution Amendment Proclamation, SI/84-102*] defines "treaty rights" as including rights "that now exist by way of land claim agreements or may be so acquired".

In short, the plaintiffs cannot in principle oppose the settlement of aboriginal rights which are recognized by the courts and enshrined in the Constitution. Obviously, settlement and negotiations are the better way to proceed and there is no room for all interested groups to be present. Their interests are represented by the Government of Canada.

Basically, the Crown's case is that the province has no right to regulate tidal water fisheries and that the federal government has the exclusive right so to do. Subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* recognizes and affirms the existing aboriginal and treaty rights of the aboriginal peoples of Canada. It is, therefore, the duty of the federal

établir des périodes d'ouverture et de fermeture concernant la prise du poisson non seulement pour des fins de conservation mais encore dans un but de nature socio-économique. À propos de la distribution des pouvoirs législatifs entre le Parlement central et les législatures provinciales, prévue aux articles 91 et 92, il a déclaré que cette distribution avait été établie à partir de catégories de sujets et ne visait pas des intérêts ou des préoccupations.

La Couronne fait valoir que le Parlement peut administrer les pêcheries pour des raisons socio-économiques ou pour d'autres fins, dont la répartition des pêcheries aux Indiens. Si cela cause un préjudice à d'autres parties, celles-ci pourront alors réclamer une indemnité: à cet égard, l'attribution de quotas ou de permis ne cause pas un préjudice irréparable aux détenteurs actuels de permis de pêche.

La Partie 1 modifiée de la *Loi constitutionnelle de 1982* (c.-à-d. la *Charte canadienne des droits et libertés*) prévoit maintenant, sous le régime de l'article 25, que la garantie dans la Charte ne porte pas atteinte aux droits ancestraux, issus de traités ou autres, des peuples autochtones. Le paragraphe 35(1) dispose que les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autochtones du Canada sont reconnus et confirmés. Le paragraphe 35(3) [ajouté par la *Proclamation de 1983 modifiant la Constitution, TR/84-102*] définit les «droits issus de traités» comme comprenant les droits «existants issus d'accords sur des revendications territoriales ou ceux susceptibles d'être ainsi acquis».

En bref, les demandresses ne sauraient en principe s'opposer au règlement des droits ancestraux qui sont reconnus par les tribunaux et enchâssés dans la Constitution. Le règlement et les négociations sont évidemment la meilleure façon de procéder, et il est impossible pour tous les groupes intéressés d'y assister. C'est le gouvernement du Canada qui représente leurs intérêts.

La Couronne soutient essentiellement que les provinces n'ont pas le droit de réglementer les pêcheries dans les eaux à marée et que ce droit appartient exclusivement au gouvernement fédéral. Le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* reconnaît et confirme les droits existants—ancestraux ou issus de traités—des peuples autoch-

government to negotiate with Indians in an attempt to settle those rights. The plaintiffs have no absolute right to specific fisheries. They merely enjoy a temporary right, always subject to federal management and control. Under the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, the Minister is authorized to issue and cancel fishing licences and he may allocate to the plaintiffs or to the Indians certain fishing areas and licences. The government's task is to determine, define, recognize and affirm whatever aboriginal rights existed. It may not ignore them under the guise of protecting so-called public fishing rights.

The Crown submits that the plaintiffs are trying to establish a novel position: never before have government negotiators in their dealings with Indian tribes with reference to aboriginal or treaty rights been obliged to bring in as parties to the negotiations outside groups with private interests. Obviously, if that principle is accepted with reference to fisheries, the same situation will prevail with reference to land or forestry or any other aspects of aboriginal rights. Those rights, by their very nature, attract or disrupt other established interests. The position of the Crown is that interested parties ought to be generally informed and consulted but not brought in as participants at the negotiating table.

The Crown's position is also that the negotiator has no authority to finalize any agreements. He is merely authorized to negotiate with the Nisga'a Indians to see if a settlement can be reached. Any tentative settlement negotiated by him would be subject to the approval of the Minister and other ministers of the Crown concerned under their respective jurisdictions and to final approval by the Cabinet. Should legislation be required to effect any settlement, as has happened in certain other settlements, then Parliament would be the final authority.

The current policy of the department, as expressed by the Minister and referred to earlier, is that there will be consultation with parties whose rights are affected. There will be separate negotiations with them. The Crown submits that if

tones du Canada. Il incombe donc au gouvernement fédéral de négocier avec les Indiens pour tenter d'établir ces droits. Les demanderessees n'ont pas de droit absolu sur des pêcheries déterminées. Elles jouissent simplement d'un droit temporaire, qui est toujours assujéti à la gestion et au contrôle du gouvernement fédéral. En vertu de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, chap. F-14, le ministre peut émettre et révoquer des permis de pêche et il peut attribuer aux demanderessees ou aux Indiens certains territoires et permis de pêche. Le gouvernement a pour tâche de déterminer, de définir, de reconnaître et de confirmer les droits ancestraux existants. Il ne peut pas ne pas en tenir compte sous prétexte de protéger ce qu'on appelle les droits de pêche du public.

La Couronne soutient que les demanderessees tentent de créer une nouvelle situation: dans leurs rapports avec des tribus indiennes relativement aux droits ancestraux ou issus de traités, les négociateurs du gouvernement n'ont jamais été tenus de faire intervenir des groupes étrangers ayant des intérêts privés pour qu'ils participent aux négociations. À l'évidence, si ce principe est accepté pour ce qui est des pêcheries, il s'appliquera de la même façon aux terres ou aux forêts, ou à tout autre aspect des droits ancestraux. De par leur nature même, ces droits attirent ou perturbent d'autres droits établis. La Couronne prétend qu'on devrait, en général, informer et consulter les parties intéressées mais sans leur demander de participer à la table de négociation.

La Couronne estime également que le négociateur n'est pas autorisé à finaliser les accords. Il est simplement habilité à négocier avec les Nishgas pour voir si on peut parvenir à un règlement. Tout règlement provisoire qu'il a négocié sera soumis à l'approbation du ministre et d'autres ministres de la Couronne intéressés dans leurs champs de compétence respectifs et à l'approbation finale du Cabinet. Si une loi s'impose pour donner effet à un règlement comme cela est arrivé dans d'autres cas, le pouvoir de décision finale appartient au Parlement.

Le Ministère a actuellement pour politique, selon les propos tenus par le ministre et dont il a été fait mention ci-dessus, de consulter les parties dont les droits sont touchés et de négocier séparément avec elles. La Couronne fait valoir que si une

any person or group of persons affected by the myriad of government negotiations taking place in the country would have a right in law to participate, such a principle would in effect paralyze the government. The negotiations with the Nisga'a Tribe have been going for some ten years and are not about to be completed. That process cannot be held up so as to invite all interested parties to the negotiating table.

According to the Regional Director General of the Department, the Nisga'a Indians would withdraw from further negotiations with the Crown if third parties were included. That opinion, however, has not been confirmed by the Indians and counsel for the intervenor does not share it.

As to the right of fair hearing, the Crown states that the negotiator has no power to compel witnesses, to call for documents, or to make decisions. He is not a board or a presiding officer at a hearing. He is merely a negotiator. The plaintiffs have no right in law to a fair hearing at a negotiating procedure between two other parties.

Since these confidential negotiations have been going on for the past ten years, the *status quo* calls for the negotiations to continue and not to be restrained before fruition. In a 1985 Federal Court of Appeal decision *Attorney General of Canada v. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 F.C. 791, Pratte J., speaking on behalf of the Court, dealt with injunction matters and said at page 795 that it was wrong for the Trial Judge to assume that the grant of the injunction would not cause any damage to the government:

When a public authority is prevented from exercising its statutory powers, it can be said, in a case like the present one, that the public interest, of which that authority is the guardian, suffers irreparable harm.

He found that the Trial Judge did not in that case take into consideration that the respondents' application sought, in a sense, to disturb rather than preserve the *status quo*.

I also note that there is no assurance that, if the injunction is granted and the plaintiffs are unsuccessful at trial, the latter would be in a position to reimburse for the harm caused by the delay inflicted

personne ou un groupe de personnes visé par la myriade de négociations gouvernementales qui se déroulent au pays avait le droit d'y participer, une telle mesure paralyserait le gouvernement. Les négociations avec la tribu des Nishgas se déroulent depuis quelque dix ans et ne sont pas sur le point d'aboutir. On ne saurait poursuivre ce processus en invitant toutes les parties intéressées à la table de négociation.

Selon le Directeur régional du Ministère, les Indiens de la tribu des Nishga cesseraient de négocier avec la Couronne si des tiers participaient à ces négociations. Cet avis n'a cependant été confirmé par les Nishgas et l'avocat de l'intervenant ne le partage pas.

Quant au droit à une audience impartiale, la Couronne affirme que le négociateur n'a nullement le pouvoir de contraindre des témoins à déposer, d'exiger des documents, ou de rendre des décisions. Il n'est ni un officier ni un fonctionnaire qui préside une audience. Il n'est qu'un négociateur. La loi ne confère pas aux demanderesse le droit à une audience impartiale dans une procédure de négociation entre deux autres parties.

Puisque ces négociations confidentielles se poursuivent depuis dix ans, il faut non pas les restreindre mais les continuer jusqu'à ce qu'elles aboutissent. Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Fishing Vessel Owners' Association of B.C.*, [1985] 1 C.F. 791, rendu en 1985 par la Cour d'appel fédérale, le juge Pratte a, au nom de la Cour et à propos d'une affaire d'injonction, dit à la page 795 que c'était à tort que le juge de première instance avait tenu pour acquis que le fait d'accorder l'injonction ne causerait aucun tort au gouvernement:

Lorsqu'on empêche un organisme public d'exercer les pouvoirs que la loi lui confère, on peut alors affirmer, en présence d'un cas comme celui qui nous occupe, que l'intérêt public, dont cet organisme est le gardien, subit un tort irréparable.

Il a conclu que le juge de première instance n'avait pas pris en considération le fait que la demande des intimés visait, dans un certain cas, à modifier plutôt qu'à préserver le statu quo.

Je note également que, si l'injonction est accordée et si les demanderesse n'obtiennent pas gain de cause au procès, rien ne garantit que celles-ci seront en mesure de réparer le préjudice causé par

ed upon the negotiation proceedings. This case cannot be isolated. Other negotiations are going on with other Indian tribes in other provinces with reference to other aboriginal rights. The spectre of an injunction suspended above all these negotiation tables could gravely disturb and seriously harm the progress of those negotiations as well.

As to the duty of fairness in a hearing, a 1986 Court of Appeal decision, *Canadian Tobacco Manufacturers' Council v. National Farm Products Marketing Council*, [1986] 2 F.C. 247; (1986), 65 N.R. 392, held that the National Farm Products Marketing Council which conducted a public hearing on the advisability of recommending to the Minister that a national tobacco marketing agency be established, had a duty of fairness, notwithstanding that it had power merely to inquire and advise because its recommendations could affect the rights and interests of the manufacturers. The Court also held that fairness dictated that the study be produced and considered because it was a timely professional study relevant to an issue of critical importance to the Council's report to the Minister. Mahoney J. said at pages 257 F.C.; 398 N.R.:

A tribunal which inquires and recommends but does not decide may be required to observe procedural fairness. Whether or not the requirement exists in a given situation depends on either or both of two considerations: (1) the actual role of the enquiry in the decision-making process; and (2) the potential effect of the recommendation itself absent an ensuing decision.

In my view, the arbitrator is not such a tribunal. He is merely a negotiator attempting to bring together two parties interested in negotiating their respective rights and duties. He owes no duty to parties outside the negotiations.

In short, the duty of fairness applies to a hearing and not to negotiation proceedings. Consultation is not participation. There is consultation going on now with the interested third parties. If the process is not satisfactory, there might be cause for greater input by the interested third parties to the Minis-

le retard qui surviendra dans les procédures de négociation. L'espèce présente n'est pas un cas isolé. D'autres négociations se déroulent avec d'autres tribus indiennes dans d'autres provinces relativement à d'autres droits ancestraux. Le spectre d'une injonction qui menace toutes ces tables de négociation pourrait perturber gravement le progrès de ces négociations et y porter sérieusement atteinte.

Quant à l'obligation d'agir équitablement dans une audience, la Cour d'appel a statué dans l'affaire *Conseil canadien des fabricants des produits du tabac c. Conseil national de commercialisation des produits de ferme*, [1986] 2 C.F. 247; (1986), 65 N.R. 392, que le Conseil national de commercialisation des produits de ferme, qui tenait une audience publique sur la question de savoir s'il y avait lieu de recommander au ministre l'établissement d'un office de commercialisation du tabac, était tenue d'agir équitablement, bien qu'il fût simplement autorisé à faire enquête et à donner des conseils, parce que ses recommandations pourraient toucher les droits et intérêts des fabricants. La Cour a également décidé que l'équité exigeait que l'étude fût produite et examinée parce qu'il s'agissait d'une étude opportune, professionnelle et touchant à une question d'une importance cruciale relativement au rapport que le Conseil devait présenter au ministre. Le juge Mahoney a dit aux pages 257 C.F.; 398 N.R.:

Un tribunal qui fait enquête et formule des recommandations mais ne prend pas de décisions peut être contraint de respecter l'équité dans la procédure. La question de savoir si cette exigence existe dans une situation donnée dépend de l'une ou l'autre ou des deux considérations suivantes: (1) le rôle véritable de l'enquête dans le processus décisionnel; et (2) les conséquences possibles de la recommandation elle-même si aucune décision n'en découle.

J'estime que l'arbitre n'est pas un tel tribunal. Il est simplement un négociateur qui tente de mettre en contact deux parties désirant négocier leurs droits et obligations respectifs. Il n'est tenu à aucune obligation envers les parties étrangères aux négociations.

En bref, l'obligation d'agir équitablement s'applique à une audience et non aux procédures de négociation. Consultation ne signifie pas participation. On consulte actuellement des tiers intéressés. Si ce processus se révèle insuffisant, il faudrait peut-être que ces tiers intéressés informent davan-

ter and *vice versa*. That can be done at separate sessions without disturbing the negotiations.

In these negotiations, only the national government can speak for all interested third parties. In British Columbia, there are 26 tribes and only the Nisga'a aboriginal rights are being negotiated. Others are flooding the Courts. Because of their socio-economic and political nature, it is indeed much preferable to settle aboriginal rights by way of negotiations than through the Courts.

It is true that in this matter Collier J. [order dated December 18, 1986, T-1858-84, not yet reported] has already dismissed an application to strike out the plaintiffs' action, as the learned Judge found that it was not "plain and obvious" that there was no cause of action. However, the threshold test for an injunction is much higher. The former test was that the applicant had to show a "*prima facie* case". Now, as a result of the *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.) case, the applicant must only show that there is a "serious issue to be tried". That test is still more exacting than the "plain and obvious" criterion to be applied in strike-out procedures.

The plaintiffs seek an injunction restraining the defendants from concluding, initialling or announcing a land claims agreement with the Nisga'a Tribal Council until trial. Such conclusion, initialling or announcement does not constitute by itself an actual or imminent or apprehended harm. There is no conclusive evidence that the potential increase in the catch of fish to be allocated to Indians is harmful to existing commercial fishermen. There is affidavit evidence to the effect that any change in allocation of fisheries would be accomplished by the purchase, at fair market value, of existing licences and the transfer of such licences to Nisga'a fishermen. This would be done through voluntary transfers of licences on the part of existing commercial fishermen. If the transferor of a licence is not satisfied with the amount of the compensation tendered, he may, of course, seek remedy before the Courts. In other words, not only

tage le ministre et *vice versa*. Cela peut se faire au cours de séances distinctes sans que les négociations soient perturbées.

^a Dans ces négociations, seul le gouvernement national peut représenter les tiers intéressés. En Colombie-Britannique, il existe vingt-six tribus et seuls les droits ancestraux de la tribu des Nishgas font l'objet de négociations. Les tribunaux sont inondés d'affaires portant sur d'autres droits. Étant donné leur nature socio-économique et politique, il est en fait préférable de déterminer les droits ancestraux par voie de négociations plutôt que par voie judiciaire.

^c Il est vrai que, en l'espèce, le juge Collier [ordonnance en date du 18 décembre 1986, T-1858-84, encore inédite] a déjà rejeté une requête en annulation de l'action des demanderesse puisque selon lui, il n'était pas [TRADUCTION] «manifeste et évident» qu'il n'y avait pas de cause d'action. Toutefois, le critère de base en matière d'injonction est d'une portée beaucoup plus grande. L'ancien critère obligeait le requérant à établir une «*preuve prima facie*». Maintenant, étant donné l'arrêt *American Cyanamid Co. v. Ethicon Ltd.*, [1975] A.C. 396 (H.L.), le requérant doit seulement prouver qu'il existe une «question sérieuse à trancher». Ce critère est encore plus exigeant que le critère «manifeste et évident» qui s'applique aux procédures d'annulation.

^g Les demanderesse concluent à une injonction qui interdirait aux défendeurs de conclure, de parapher ou d'annoncer un accord sur des revendications territoriales avec le Conseil tribal des Nishgas, et ce jusqu'au procès. Le fait de conclure, de parapher ou d'annoncer un tel accord ne constitue pas en soi un préjudice réel, imminent ou appréhendé. Il n'existe pas de preuve concluante selon laquelle l'augmentation éventuelle de la prise du poisson qui serait attribuée aux Indiens porterait atteinte aux droits des pêcheurs commerciaux actuels. Il y a une preuve sous forme d'affidavit selon laquelle toute modification de l'attribution des pêcheries se ferait par l'achat des permis actuels, selon leur juste valeur marchande, et par le transfert volontaire de ces permis aux pêcheurs de la tribu des Nishgas par les pêcheurs commerciaux actuels. Si le cédant d'un permis n'est pas satisfait du montant de l'indemnité offerte, il peut,

is there no irreparable harm, there is no actual or imminent harm to be apprehended.

That was not the case in the *MacMillan Bloedel* injunction relied upon by the plaintiffs. There, bulldozers were present and advancing against the forest. I find sustenance for my view in the following extract from the British Columbia Court of Appeal decision (at page 607):

The fact that there is an issue between the Indians and the province based upon aboriginal claims should not come as a surprise to anyone . . . The federal government has agreed to negotiate some claims. Other claims are being advanced . . . It is significant that no injunction has been sought in that action. I think it fair to say that, in the end, the public anticipates that the claims will be resolved by negotiation and by settlement. This judicial proceeding is but a small part of the whole of a process which will ultimately find its solution in a reasonable exchange between governments and the Indian nations. (My emphasis.)

In my view, therefore, while it may not be plain and obvious that the plaintiffs have no cause of action, they have not proved to my satisfaction that they have a serious issue to be tried. While this finding disposes of the instant application, I must add that even had the plaintiffs established a serious issue to be tried, I would still, in the exercise of my discretion, have refused to grant the injunction because the plaintiffs have not established irreparable harm and, furthermore, the balance of convenience favours the defendants.

Consequently the application is denied with costs in the cause.

ORDER

The application is denied. Costs in the cause.

bien entendu, s'adresser aux tribunaux pour demander un redressement. Autrement dit, il n'y a pas de préjudice irréparable ni même de préjudice réel ou imminent à craindre.

Tel n'est pas le cas de l'injonction dans l'affaire *MacMillan Bloedel* invoquée par les demandereses et dans laquelle on s'est servi des bouteurs pour travailler dans une forêt. L'extrait suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (à la page 607) était mon point de vue:

[TRADUCTION] Le fait qu'il existe un litige entre les Indiens et la province, reposant sur des revendications d'autochtones, ne devrait surprendre personne . . . Le gouvernement fédéral a convenu de négocier certaines revendications. D'autres revendications sont en voie d'être formulées . . . Il importe de souligner qu'aucune injonction n'a été sollicitée dans cette action. J'estime qu'il est juste de dire que, à la fin, le public s'attend à ce que les revendications soient réglées par voie de négociation et d'accord. Cette procédure judiciaire ne forme qu'une petite partie du processus global qui aboutira à une solution, c'est-à-dire à un échange raisonnable entre les gouvernements et les nations indiennes. (C'est moi qui souligne.)

J'estime donc que les demandereses n'ont pas prouvé à ma satisfaction l'existence d'une question sérieuse à trancher, bien qu'il ne soit peut-être pas évident et manifeste qu'elles n'ont aucune cause raisonnable d'action. Certes, cette conclusion tranche la demande en l'espèce; mais je dois ajouter que, même si elles avaient établi l'existence d'une question sérieuse à trancher, j'aurais quand même exercé mon pouvoir discrétionnaire pour refuser l'injonction parce qu'elles n'ont pas fait la preuve d'un préjudice irréparable et que, de plus, la règle du plus grand préjudice joue en faveur des défendeurs.

La demande est donc rejetée, et les dépens suivront l'issue de la cause.

ORDONNANCE

La demande est rejetée. Les dépens suivront l'issue de la cause.