

COURT OF APPEAL OF
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU
NOUVEAU-BRUNSWICK

50-14-CA

YVON VIENNEAU and MICHEL VIENNEAU

YVON VIENNEAU et MICHEL VIENNEAU

APPELLANTS

APPELANTS

- and -

- et -

HER MAJESTY THE QUEEN

SA MAJESTÉ LA REINE

RESPONDENT

INTIMÉE

Vienneau et al. v. R., 2017 NBCA 20

Vienneau et autre c. R., 2017 NBCA 20

CORAM:

The Honourable Justice Richard
The Honourable Justice Quigg
The Honourable Justice Green

CORAM :

l'honorable juge Richard
l'honorable juge Quigg
l'honorable juge Green

Appeal from a decision of the Court of Queen's
Bench:
April 9, 2014

Appel d'une décision de la Cour du Banc de la
Reine :
le 9 avril 2014

History of case:

Historique de la cause :

Decision under appeal:
2014 NBQB 92

Décision frappée d'appel :
2014 NBBR 92

Preliminary or incidental proceedings:
[2014] N.B.J. No. 166 (QL)
2016 NBCA 16

Procédures préliminaires ou accessoires :
[2014] A.N.-B. n° 166 (QL)
2016 NBCA 16

Appeal heard:
January 17, 2017

Appel entendu :
Le 17 janvier 2017

Judgment rendered:
May 4, 2017

Jugement rendu :
le 4 mai 2017

Reasons for judgment by:
The Honourable Justice Richard

Motifs de jugement :
l'honorable juge Richard

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

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

Counsel at hearing:

For the appellant:

Thomas J. Burke, Q.C. and Rebecca J. Butler

For the respondent:

B. Bannon Morrissy

THE COURT

The application for leave to appeal is dismissed.

Avocats à l'audience :

Pour l'appelant :

Thomas J. Burke, c.r., et Rebecca J. Butler

Pour l'intimée :

B. Bannon Morrissy

LA COUR

Rejette la demande d'autorisation d'appel.

The judgment of the Court was delivered by

RICHARD, J.A.

[1] On May 24, 2013, a judge of the Provincial Court convicted Yvon Vienneau and Michel Vienneau of having hunted moose during the closed season, the offence proscribed in s. 32(1)(a) of the *Fish and Wildlife Act*, S.N.B. 1980, c. F-14.1. Their subsequent appeal to the summary conviction appeal court was dismissed: 2014 NBQB 92, 419 N.B.R. (2d) 205. Messrs. Vienneau seek leave to appeal that decision. Both admit having committed the act of hunting moose during the closed season. The sole defence advanced throughout is that they are “aboriginal persons who are afforded the protection under Section 35 of the *Constitution Act, 1982*,” and, as such, are permitted to hunt without a licence. Messrs. Vienneau are not status Indians under the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. They claim they discovered their aboriginal roots at the ages of four or five. Since 2008 and 2009, Yvon and Michel Vienneau, respectively, became members of the New Brunswick Aboriginal Peoples Council and they have participated in some activities at the Pabineau First Nation community. The question at trial was whether they had established entitlement to s. 35 protections.

[2] Messrs. Vienneau do not submit they fall within the definition of Métis. Both at trial and on appeal, they argued they fell within the definition of “aboriginal peoples of Canada” under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, on account of having the requisite genealogical connection, their self-identifying as aboriginal people and their acceptance by the native community. Effectively, they argued they met the test the Supreme Court of Canada elaborated in *R. v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207. Although that test was created to determine whether one falls into the definition of a Métis for s. 35 purposes, it has also been applied to determine whether one falls into other categories of aboriginal persons: *Hopper v. R.*, 2008 NBCA 42, 331 N.B.R. (2d) 177.

[3] The trial judge accepted that both Yvon and Michel Vienneau have aboriginal heritage and that both have mixed European and aboriginal ancestry. She found the closest line to aboriginal ancestry was five generations back. However, the trial judge did not accept the community acceptance factor had been met. In light of this, she did not find it necessary to make a determination whether Messrs. Vienneau had satisfied the “self-identification” factor.

[4] The trial judge concluded:

Both defendants can trace their Indian ancestry back five generations to Joseph Athanase Young, with whom they obviously had no contact. Neither has ever lived nor do they live now on the reserve. Michel Vienneau and Yvon Vienneau acquired their memberships in the New Brunswick Aboriginal Peoples Council fairly recently, five years and four years ago. They would have been 44 and 50 years of age respectively. The attendance of powwows is not particularly significant as many people attend powwows as a cultural experience and the defendants have only been attending on an annual basis for the last seven or eight years. I accept that both hunted and fished with their grandfather, however this is an activity engaged in by aboriginals and non-Aboriginals. Also quite telling is the testimony of Yvon Vienneau that after his mother told him that his grandfather was partly aboriginal, “we told no one”. This secrecy is not supportive of a claim of self-identification or of community acceptance as an Indian, nor does it provide evidence that the family has embraced Indian life and culture as their own. As a whole the evidence does not support that the accused and their families embraced an aboriginal culture. The evidence with respect to visiting a salmon fence on occasion, learning to spear salmon, having aboriginal friends and visiting an aboriginal reserve do not serve to constitute community acceptance, when one considers the totality of circumstances including the accused’s age, background, and residence.

Gilbert Sewell, a former chief of the Pabineau Falls First Nation, a community of approximately 100 residents, did not know the defendants until the day of the trial. When asked whether they were acknowledged as part of the

community he said, he had no problem with that. This is hardly a rousing endorsement of the defendants' acceptance by Mr. Sewell let alone others in this small community. It is not for this court to determine what specific facts must be advanced to satisfy the essential indicia of self-identification or community acceptance. Each case is different and must be evaluated on its own merits and unique circumstances.

After reviewing the totality of evidence with respect to the claim of Michel Vienneau under Section 35, the Court is not satisfied that the criterion of community acceptance has been met. The evidence of Yvon Vienneau, while similar was not identical to that of his brother. However, after reviewing his particular circumstances I am not satisfied that he either has been recognized or accepted by the aboriginal community as an aboriginal. As it is necessary to satisfy all three criteria and I have found that community acceptance has not been met, I need not make a determination with respect to the issue of self-identification.

Having failed to establish they are Aboriginals with rights under Section 35 of the *Constitution Act* and where by virtue of the agreed statement of facts, I find that the Crown has proven the essential elements of the offence beyond a reasonable doubt I find both defendants guilty as charged.

[5] On appeal to the summary conviction appeal court, Messrs. Vienneau argued the trial judge erred: (1) in not finding the community acceptance factor had been met; and (2) in requiring that the community acceptance would have to come from the Pabineau Indian Band.

[6] The summary conviction appeal court judge concluded these grounds of appeal were unmeritorious. He noted the trial judge had identified the proper passage in *Powley* and then proceeded to apply it as directed in *Hopper*. That passage in *Powley* reads as follows:

Third, the claimant must demonstrate that he or she is accepted by the modern community whose continuity with the historic community provides the legal foundation

for the right being claimed. Membership in a Métis political organization may be relevant to the question of community acceptance, but it is not sufficient in the absence of a contextual understanding of the membership requirements of the organization and its role in the Métis community. The core of community acceptance is past and ongoing participation in a shared culture, in the customs and traditions that constitute a Métis community's identity and distinguish it from other groups. This is what the community membership criterion is all about. Other indicia of community acceptance might include evidence of participation in community activities and testimony from other members about the claimant's connection to the community and its culture. The range of acceptable forms of evidence does not attenuate the need for an objective demonstration of a solid bond of past and present mutual identification and recognition of common belonging between the claimant and other members of the rights-bearing community. [para. 33]

[Emphasis in original]

[7] Applying this passage, the summary conviction appeal court judge found “it was not an error for the trial judge to use the Pabineau Falls area aboriginal community as the: ‘community’ component of the: ‘community acceptance’ test”. He reasoned: “The cogent evidence pointed in no other direction than the Pabineau Falls aboriginal community, whether the members of it lived on or off the reserve itself, as Mr. Sewell testified, as the community that had purportedly accepted each of them into as aboriginals” (para. 41). He added:

I am prepared to consider that the Supreme Court intended: “community” to be broadly defined to include both its physical and social sense, as is contended by Mr. Lenihan [counsel for Messrs. Vienneau]. That is, often a cultural or linguistic community or association of people within a broader general community are strongly linked to one another even if they do not share the definable physical bounds of a community. They are still nonetheless: “communities”. In this instance it was reasonable for the trial judge to look at the Indian community at Pabineau First Nation in an effort to determine whether each of the defendants was: “accepted” by them. There was no other aboriginal community proposed as one to which the

defendants were attached to by: “community acceptance.” To repeat, as the Supreme Court particularly emphasized in paragraph 33 in *Powley*:

The core of community acceptance is past and ongoing participation in a shared culture, in the customs and traditions that constitute a Métis community’s identity and distinguish it from other groups. This is what the community membership criterion is all about.

... The range of acceptable forms of evidence does not attenuate the need for an objective demonstration of a solid bond of past and present mutual identification and recognition of common belonging between the claimant and other members of the rights-bearing community.

The evidence established that the aboriginal community that was the only community of Indians in that part of the Province was the Pabineau Falls aboriginal community, whether the members of that Indian community lived inside the physical boundaries of the community or outside of them. The trial judge was not in error in using that Indian community as the measure against which the evidence led supporting: “community acceptance” of each of the defendants could be quantified and judged. Had the evidence been such that the defendants were linked or associated with any other aboriginal community, then it, too, would, of necessity, have to have been part of the: “community acceptance” analysis. [paras. 42-43]

[8] The summary conviction appeal court judge correctly observed his role was not to retry the case or “second guess findings of fact made by the trial judge” (para. 44). He properly noted that, if the trial decision was the product of an error in law or of a palpable and overriding error in making findings of fact, it was his role to rectify it. However, the summary conviction appeal court judge concluded the trial judge made no such errors.

[9] Before the summary conviction appeal court, Messrs. Vienneau alleged two types of errors: an error of law and a palpable and overriding error of fact. The alleged error of law was that the trial judge had “carved out a restrictive and erroneous definition of ‘community’ by restricting it to those Indians living within the boundaries of the Pabineau Falls First Nation Federal Indian Reserve” (para. 46). The error of fact (better described in my view as an error of mixed law and fact) was whether the judge had erred in concluding Messrs. Vienneau had not established “acceptance”. Only the first of these alleged errors can be raised before us, since an appeal to this Court (with leave) is limited to an error of law alone: s. 839(1) of the *Criminal Code*, which applies via s. 116(1) of the *Provincial Offences Procedure Act*, S.N.B. 1987, c. P-22.1.

[10] With regard to the alleged error of law, the summary conviction appeal court judge concluded:

It cannot be reasonably concluded from her decision that the trial judge held the defendants to proving: “community acceptance” of them solely by the members of the Indian Band recognized by the federal government living on that Indian Reserve area of Pabineau Falls. It may well be that the federal Indian Band Reserve is home for much of the Indian community in that area of New Brunswick. However, the trial judge did not make such a specific finding and did not hold the defendants to such a restrictive definition of: “community”.

Simply put, it is clear that identifying the relevant: “community” in each case in order to apply the: “community acceptance” principle implicitly obliges the trial judge to attempt to identify the aboriginal community referred to in the evidence, if that is possible from the whole of the evidence led, and then determine whether the evidence establishes: “community acceptance” of the defendant by it. The trial judge made no such error in the way she approached the analysis. [paras. 49-50]

[11] I agree with this conclusion and with the analysis that led the summary conviction appeal court judge to reach it. In other words, I find no error of law in the judge's determination of the issue. As the summary conviction appeal court judge noted, the trial judge merely looked to identify the modern-day community to which the evidence pointed. She did not limit her search to the entity recognized by the federal government known as a "reserve" but rather looked to the Pabineau First Nation more broadly.

[12] On appeal to this Court, Messrs. Vienneau argue the summary conviction appeal court judge erred in not considering their membership in the New Brunswick Aboriginal People's Council. Recall that, in *Powley*, the Supreme Court noted: "[m]embership in a Métis political organization may be relevant to the question of community acceptance, but it is not sufficient in the absence of a contextual understanding of the membership requirements of the organization and its role in the Métis community" (para. 33).

[13] The appeal before us is one from the decision of the summary conviction appeal court and not one from the trial judge's decision. For Messrs. Vienneau to be successful, they must demonstrate the summary conviction appeal court judge erred in law. Recall that an appeal to this Court is limited to questions of law alone. In *Bernard v. R.*, 2003 NBCA 55, 262 N.B.R. (2d) 1, reversed but not on this point 2005 SCC 43, [2005] 2 S.C.R. 220, Deschênes J.A. accurately points out as follows:

This is an appeal from the decision of a summary conviction appeal court. As noted, s. 839(1)(a) of the *Criminal Code* provides that, with leave of this Court or a judge thereof, an appeal may be taken on any ground that involves a question of law alone. The appeal is from the decision of the summary conviction appeal court and not from the decision of the trial judge; it is not a second appeal against the decision of the trial judge: *Regina v. Emery* (1981), 61 C.C.C. (2d) 84 (B.C.C.A.) leave to appeal to Supreme Court of Canada refused, 40 N.R. 358; *R. v. Moir* (M.A.) (1999), 213 N.B.R. (2d) 48 (C.A.); *R v. Sabine*, [2000] N.B.J. No. 46 (C.A.; in Chambers). Thus, the error

of law required to ground jurisdiction in this Court must be an error of law of the appeal judge, not that of the trial judge. [para. 39]

[14] With respect, the issue Messrs. Vienneau seek to submit to this Court is not one raised before the summary conviction appeal court. Before that Court, the relevant ground of appeal was quite awkwardly worded as follows: “The Trial Judge wrongly applied the wrong test at law since she wrongly determined that to have a modern day communal association with a successor Mi’kmaq group, the appellants has (*sic*) to be associated with an *Indian Act* Band”. (I note that counsel before the summary conviction appeal court was not the same as before this Court). As stated above, the summary conviction appeal court judge held, quite correctly in my view, that the trial judge had not required a link between the historic right-bearing community and an “*Indian Act* Band” as the equivalent modern community. None of the grounds of appeal raised before the summary conviction appeal court required the judge to pass judgment on whether the trial judge might have erred by failing to consider Messrs. Vienneau’s membership in the New Brunswick Aboriginal People’s Council. That was simply not an issue raised in that Court.

[15] Since the question of Messrs. Vienneau’s membership in the New Brunswick Aboriginal People’s Council was not laid out before the summary conviction appeal court, it cannot be said that the judge of that Court erred in law. Thus, there is no basis for an appeal to this Court on that question.

[16] In sum, membership in the New Brunswick Aboriginal People’s Council was a factor the trial judge considered in assessing whether Messrs. Vienneau had met the third criterion of the *Powley* test. How the trial judge applied this factor was not an issue raised before the summary conviction appeal court. Since it is the decision of that Court on a question of law that stands to be reviewed by this Court, if leave is granted, it logically follows that the issue must be one that was first submitted to the summary conviction appeal court. In the present case, the question Messrs. Vienneau want to debate on appeal to this Court is not one that was raised before the summary conviction

appeal court. It therefore cannot be said there is any error of law for us to review. For this reason, I would dismiss the application for leave to appeal.

LE JUGE RICHARD

[1] Le 24 mai 2013, Yvon Vienneau et Michel Vienneau ont été déclarés coupables par une juge de la Cour provinciale d'avoir chassé l'original pendant la période de fermeture de la chasse, soit l'infraction prévue à l'alinéa 32(1)a) de la *Loi sur le poisson et la faune*, L.N.-B. 1980, ch. F-14.1. Leur appel subséquent au tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a été rejeté : 2014 NBBR 92, 419 R.N.-B. (2^e) 205. MM. Vienneau sollicitent l'autorisation d'interjeter appel de cette décision. Tous deux reconnaissent avoir chassé l'original pendant la période de fermeture de la chasse. Le seul moyen de défense qu'ils ont invoqué depuis le début consiste en l'affirmation qu'ils sont des [TRADUCTION] « Autochtones qui bénéficient de la protection prévue à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* », et, par conséquent, qu'ils ont le droit de chasser sans permis. MM. Vienneau ne sont pas des Indiens inscrits sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Ils affirment avoir découvert leurs origines autochtones à l'âge de quatre ou cinq ans. Depuis 2008 et 2009, respectivement, Yvon et Michel Vienneau sont membres du New Brunswick Aboriginal Peoples Council et ils ont participé à quelques activités dans la communauté de la Première nation de Pabineau. La question à trancher au procès était de savoir s'ils avaient fait la preuve de leur droit à la protection prévue à l'article 35.

[2] MM. Vienneau ne prétendent pas correspondre à la définition de Métis. Tant en première instance qu'en appel, ils ont soutenu qu'ils sont visés par la définition de « peuples autochtones du Canada » à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, parce qu'ils ont le lien généalogique requis, qu'ils s'identifient comme Autochtones et qu'ils sont acceptés par la communauté autochtone. En réalité, ils soutiennent qu'ils satisfont aux critères établis par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207. Même si ces critères ont été établis pour déterminer si une personne correspond à la définition de Métis pour

l'application de l'article 35, ils ont aussi servi à déterminer si une personne fait partie d'autres catégories d'Autochtones : *Hopper c. R.*, 2008 NBCA 42, 331 R.N.-B. (2^o) 177.

[3] La juge du procès a accepté l'héritage autochtone d'Yvon et de Michel Vienneau et le fait qu'ils sont tous deux d'ascendance mixte européenne et autochtone. Elle a conclu qu'il fallait remonter de cinq générations pour trouver la ligne d'ascendance autochtone la plus proche. Toutefois, la juge du procès n'était pas d'avis que le critère de l'acceptation par la communauté avait été rempli. À la lumière de ces constats, elle n'a pas jugé nécessaire de statuer sur la question de savoir si MM. Vienneau avaient satisfait au critère de l'« auto-identification ».

[4] La juge du procès est arrivée aux conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

Les défendeurs peuvent tous deux retrouver leurs origines indiennes en remontant de cinq générations à Joseph Athanase Young, avec lequel ils n'ont évidemment eu aucun contact. Aucun des deux n'a habité ou n'habite actuellement sur la réserve. Michel Vienneau et Yvon Vienneau ont obtenu plutôt récemment, il y a respectivement cinq ans et quatre ans, leur statut de membre du New Brunswick Aboriginal Peoples Council. Ils auraient été âgés respectivement de 44 et 50 ans. La fréquentation de pow-wow n'est pas particulièrement significative puisque beaucoup fréquentent les pow-wow pour vivre une expérience culturelle et les défendeurs n'y assistent sur une base annuelle que depuis les sept ou huit dernières années. J'accepte qu'ils chassaient et pêchaient tous les deux avec leur grand-père, mais il s'agit là d'une activité à laquelle s'adonnent les Autochtones et les non-Autochtones. Aussi très révélateur est le témoignage d'Yvon Vienneau voulant qu'après avoir été informé par sa mère que son grand-père avait des origines partiellement autochtones, [TRADUCTION] « nous ne l'avons dit à personne ». Ce secret n'appuie pas une allégation d'auto-identification ou d'acceptation par la communauté en tant qu'Indien, et ne fournit pas non plus de preuve que la famille ait adopté et fait siennes la vie et la culture indiennes. La preuve dans son ensemble ne démontre pas que les accusés et leurs familles ont adopté la culture

autochtone. La preuve qui porte sur la visite occasionnelle d'une barrière à saumons, le fait d'avoir appris à harponner le saumon, d'avoir des amis autochtones et de visiter une réserve autochtone ne sert pas à établir l'acceptation par la communauté lorsqu'on tient compte de toutes les circonstances, par exemple l'âge des accusés, leurs antécédents et leur lieu de résidence.

Gilbert Sewell, un ancien chef de la Première nation de Pabineau Falls, une communauté d'environ 100 résidents, ne connaissait pas les défendeurs avant le jour du procès. Lorsqu'on lui a demandé s'ils étaient reconnus comme faisant partie de la communauté, il a dit n'y voir aucun problème. Il ne s'agit pas pour ainsi dire d'une confirmation retentissante de l'acceptation des défendeurs par M. Sewell, et encore moins par les autres membres de cette petite communauté. Il n'appartient pas à notre Cour de déterminer quels sont les faits particuliers qui doivent ressortir pour satisfaire aux critères essentiels de l'auto-identification et de l'acceptation par la communauté. Chaque cas est différent et doit être évalué en fonction de son fondement et ses circonstances propres.

Après avoir examiné toute la preuve en ce qui concerne la prétention de Michel Vienneau fondée sur l'article 35, la Cour n'est pas convaincue que le critère de l'acceptation par la communauté est rempli. La preuve d'Yvon Vienneau, quoique similaire, n'était pas identique à celle de son frère. Toutefois, après avoir examiné sa situation particulière, je ne suis pas convaincue qu'il ait non plus été reconnu ou accepté par la communauté autochtone comme Autochtone. Puisqu'il est nécessaire de remplir les trois critères et que j'ai conclu que celui de l'acceptation par la communauté n'a pas été rempli, je n'ai pas besoin de statuer sur la question de l'auto-identification.

Étant donné que les défendeurs n'ont pas réussi à prouver qu'ils sont des Autochtones bénéficiant de droits au titre de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, et que selon l'exposé conjoint des faits, je conclus que le ministère public a prouvé les éléments essentiels de l'infraction hors de tout doute raisonnable, je déclare les deux défendeurs coupables de l'infraction reprochée.

[5] Lors de l'appel en matière de poursuites sommaires, MM. Vienneau ont fait valoir que la juge du procès a commis une erreur : (1) en concluant que le critère de l'acceptation par la communauté n'avait pas été rempli; et (2) en exigeant que l'acceptation par la communauté vienne de la Première nation de Pabineau.

[6] Le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu que ces motifs d'appel n'étaient pas fondés. Il a indiqué que la juge du procès avait ciblé le passage approprié de l'arrêt *Powley* pour ensuite l'appliquer comme le commande l'arrêt *Hopper*. Voici le passage en question de l'arrêt *Powley* :

Troisièmement, le demandeur doit prouver qu'il est accepté par la communauté actuelle dont la continuité avec la communauté historique constitue le fondement juridique du droit revendiqué. L'appartenance à une organisation politique métisse peut se révéler pertinente à cet égard, mais elle ne suffit pas en l'absence de données contextuelles sur les conditions d'adhésion à l'entité et sur le rôle que joue cette dernière au sein de la communauté métisse. L'élément central du critère de l'acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l'identité de la communauté métisse et qui la distinguent d'autres groupes. Voilà en quoi consiste le critère de l'appartenance à la communauté. La participation aux activités de la communauté et le témoignage d'autres membres sur les liens du demandeur avec la communauté et sa culture peuvent également s'avérer des indices de l'acceptation par la communauté. La diversité des formes de preuve acceptables ne réduit pas le besoin de démontrer objectivement l'existence, entre le demandeur et d'autres membres de la communauté titulaire des droits, d'un lien solide formé d'une identification mutuelle présente et passée et d'un sentiment commun d'appartenance. [Par. 33]
[Souligné dans l'original.]

[7] En appliquant ce passage, le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu que [TRADUCTION] « la juge du procès n'a pas commis d'erreur en considérant la communauté autochtone de la région de Pabineau Falls comme la "communauté" de référence du critère de l'"acceptation par la communauté" ». Il a

conclu ainsi : [TRADUCTION] « La preuve forte ne pointait dans aucune autre direction que vers la communauté autochtone de Pabineau Falls – que ses membres vivent sur la réserve ou à l’extérieur de celle-ci, suivant le témoignage de M. Sewell – comme étant la communauté qui les avait tous deux prétendument acceptés comme Autochtones » (par. 41). Il a ajouté ce qui suit :

[TRADUCTION]

Je suis prêt à considérer que la Cour suprême a voulu que le terme « communauté » soit défini au sens large pour viser à la fois le sens matériel et le sens social, comme le soutient M. Lenihan [l’avocat de MM. Vienneau]. En effet, il arrive souvent que les membres d’une communauté – ou d’une association de personnes à l’intérieur d’une communauté plus large – dont les liens reposent sur la culture ou la langue possèdent entre eux un lien fort même s’ils ne se situent pas à l’intérieur des limites physiques circonscrites d’une communauté. Ils ne constituent pas moins des « communautés ». En l’espèce, il était raisonnable pour la juge du procès de se tourner vers la communauté autochtone de la Première nation de Pabineau dans sa démarche visant à déterminer si chacun des défendeurs était « accepté » par les membres de celle-ci. On n’a suggéré aucune autre communauté autochtone à laquelle les défendeurs étaient liés par l’« acceptation par la communauté ». Pour réitérer, comme la Cour suprême l’a souligné clairement au paragraphe 33 de l’arrêt *Powley* :

[...] L’élément central du critère de l’acceptation par la communauté est la participation, passée et présente, à une culture commune, à des coutumes et traditions qui constituent l’identité de la communauté métisse et qui la distinguent d’autres groupes. Voilà en quoi consiste le critère de l’appartenance à la communauté. [...]

[...] La diversité des formes de preuve acceptables ne réduit pas le besoin de démontrer objectivement l’existence, entre le demandeur et d’autres membres de la communauté titulaire des droits, d’un lien solide formé d’une identification mutuelle présente et passée et d’un sentiment commun d’appartenance.

La preuve a établi que la communauté autochtone qui était la seule collectivité indienne dans cette partie de la province était celle de Pabineau Falls, peu importe que les membres de cette collectivité indienne vivent à l'intérieur ou à l'extérieur des limites physiques de la communauté. La juge du procès n'a pas commis d'erreur en se servant de cette collectivité indienne comme étalon pour évaluer et juger la preuve produite au soutien de l'« acceptation par la communauté » de chacun des défendeurs. S'il avait été prouvé que les défendeurs étaient liés ou associés à toute autre communauté autochtone, alors cela aussi aurait, nécessairement, dû faire partie de l'analyse de l'« acceptation par la communauté ». [par. 42 et 43]

[8] Le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a mentionné à bon droit que son rôle n'était pas de procéder à une nouvelle instruction de l'affaire ou de [TRADUCTION] « passer en revue les conclusions de fait auxquelles est arrivée la juge du procès » (par. 44). Il a mentionné à juste titre que, si la décision de première instance résultait d'une erreur de droit ou d'une erreur manifeste et dominante dans les conclusions de fait, c'était son rôle de la rectifier. Toutefois, le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a conclu que la juge du procès n'avait commis aucune erreur de la sorte.

[9] Devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, MM. Vienneau ont allégué deux types d'erreurs : une erreur de droit et une erreur de fait manifeste et dominante. L'erreur de droit alléguée était que la juge du procès avait [TRADUCTION] « forgé une définition restrictive et erronée de “communauté” en la limitant aux Indiens vivant à l'intérieur de la réserve indienne fédérale de la Première nation de Pabineau Falls » (par. 46). L'erreur de fait (mieux désignée à mon avis comme une erreur mixte de droit et de fait) était que la juge avait commis une erreur en concluant que MM. Vienneau n'avaient pas prouvé l'« acceptation ». La première de ces erreurs alléguées est la seule dont nous puissions être saisis puisque les appels interjetés devant notre Cour (avec autorisation) se limitent aux seules erreurs de droit : par. 839(1) du *Code criminel*, qui s'applique par application du par. 116(1) de la *Loi sur la procédure applicable aux infractions provinciales*, L.N.-B. 1987, ch. P-22.1.

[10] En ce qui concerne l'erreur de droit alléguée, le juge de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires a tiré les conclusions suivantes :

[TRADUCTION]

On ne peut raisonnablement conclure de sa décision qu'elle a obligé les défendeurs à prouver leur « acceptation par la communauté » uniquement au sein des membres de la bande indienne reconnus par le gouvernement fédéral et vivant à l'intérieur de la réserve indienne de Pabineau Falls. Il se peut très bien que la collectivité indienne de cette région du Nouveau-Brunswick réside en grande partie dans la réserve indienne fédérale. Toutefois, la juge du procès n'est pas arrivée à cette conclusion particulière et n'a pas astreint les défendeurs à une définition à ce point restrictive de « communauté ».

Essentiellement, il est clair que cerner la « communauté » pertinente dans chaque cas pour pouvoir appliquer le principe de l'« acceptation par la communauté » oblige implicitement le juge du procès à tenter de cibler la communauté autochtone à laquelle la preuve fait référence, s'il est possible de la cibler à partir de la totalité de la preuve présentée, et ensuite à déterminer si la preuve établit l'« acceptation par la communauté » du défendeur par la communauté visée. La juge du procès n'a commis aucune erreur de la sorte dans sa façon d'aborder l'analyse. [par. 49 et 50]

[11] Je conviens de cette conclusion et de l'analyse faite par le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires pour y arriver. En d'autres mots, je ne trouve aucune erreur de droit dans la façon que le juge a tranché cette question. Comme l'a mentionné le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, la juge du procès n'a fait que chercher à cerner la communauté actuelle vers laquelle tendait la preuve. Elle n'a pas limité sa recherche à l'entité reconnue par le gouvernement fédéral connue comme « réserve », mais elle a plutôt considéré la Première nation de Pabineau de façon plus large.

[12] En appel devant notre Cour, MM. Vienneau soutiennent que le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur en ne tenant pas compte de leur statut de membre du New Brunswick Aboriginal Peoples Council. Rappelons que, dans l'arrêt *Powley*, la Cour suprême a mentionné que « [l']appartenance à une organisation politique métisse peut se révéler pertinente à cet égard, mais elle ne suffit pas en l'absence de données contextuelles sur les conditions d'adhésion à l'entité et sur le rôle que joue cette dernière au sein de la communauté métisse » (par. 33).

[13] L'appel dont nous sommes saisis porte sur la décision du juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires et non sur la décision de la juge du procès. Pour que MM. Vienneau réussissent, ils doivent démontrer que le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a commis une erreur de droit. Rappelons que les appels devant notre Cour se limitent aux seules questions de droit. Dans la décision *Bernard c. R.*, 2003 NBCA 55, 262 R.N.-B. (2^e) 1, infirmée sur une autre question par 2005 CSC 43, [2005] 2 R.C.S. 220, le juge d'appel Deschênes fait remarquer à juste titre ce qui suit :

Il s'agit d'un appel interjeté à l'encontre de la décision rendue par une cour d'appel en matière de poursuites sommaires. Comme il a été souligné, l'alinéa 839(1)a) du *Code criminel* prévoit que, avec l'autorisation de notre Cour ou d'un de ses juges, un appel peut être interjeté pour tout motif qui comporte une question de droit seulement. L'appel est interjeté à l'encontre de la décision de la cour d'appel en matière de poursuites sommaires et non à l'encontre de la décision du juge du procès; ce n'est pas un deuxième appel formé à l'encontre de la décision du juge du procès : *Regina c. Emery* (1981), 61 C.C.C. (2d) 84 (C.A.C.-B.), autorisation d'interjeter appel à la Cour suprême du Canada refusée, 40 N.R. 358; *R. c. Moir (M.A.)* (1999), 213 R.N.-B. (2^e) 48 (C.A.); *R. c. Sabine*, [2000] A.N.-B. n^o 46 (C.A., en cabinet). Par conséquent, l'erreur de droit nécessaire pour fonder la compétence de notre Cour doit être une erreur de droit du juge d'appel, et non celle du juge du procès. [par. 39]

[14] Avec déférence, la question dont MM. Vienneau souhaitent saisir notre Cour n'en est pas une qui a été soulevée devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires. Devant cette cour, le moyen d'appel a été formulé plutôt maladroitement de la façon suivante : [TRADUCTION] « La juge du procès a mal appliqué les mauvais critères juridiques parce qu'elle a conclu à tort que pour avoir des liens actuels avec un groupe descendant des Micmacs, les appelants devaient être associés à une bande au sens de la *Loi sur les Indiens* ». (Je souligne que l'avocat qui a comparu devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires n'est pas le même que celui qui comparaît devant notre Cour.) Comme je l'ai indiqué plus haut, le juge du tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires a statué, à bon droit selon moi, que la juge du procès n'avait pas exigé qu'il y ait un lien entre la communauté historique titulaire des droits et une « bande au sens de la *Loi sur les Indiens* » en tant que communauté actuelle équivalente. Aucun des moyens d'appel invoqués devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires n'exigeait que le juge tranche la question de savoir si la juge du procès pouvait avoir commis une erreur en ne tenant pas compte du statut de membres de MM. Vienneau au sein du New Brunswick Aboriginal Peoples Council. Il ne s'agissait simplement pas d'une question soulevée devant ce tribunal.

[15] Puisque la question du statut de membres de MM. Vienneau au sein du New Brunswick Aboriginal Peoples Council n'a pas été soulevée devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires, on ne peut pas dire que le juge de cette cour a commis une erreur de droit. Par conséquent, il n'y a pas de fondement pour un appel devant notre Cour sur cette question.

[16] En somme, le statut de membres de MM. Vienneau au sein du New Brunswick Aboriginal Peoples Council est un facteur dont la juge du procès a tenu compte lorsqu'elle a évalué s'ils avaient satisfait au troisième critère de l'arrêt *Powley*. La manière dont la juge du procès a appliqué ce facteur n'est pas une question qui a été soulevée devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires. Puisque c'est la décision de ce tribunal sur une question de droit qui est susceptible de révision par notre Cour, si l'autorisation est accordée, il s'ensuit logiquement que le tribunal d'appel en

matière de poursuites sommaires doit d'abord avoir été saisi de cette question. En l'espèce, la question dont MM. Vienneau veulent débattre en appel devant notre Cour n'a pas été soulevée devant le tribunal d'appel en matière de poursuites sommaires. On ne peut donc pas dire qu'il existe une erreur de droit que nous puissions réviser. Pour cette raison, je suis d'avis de rejeter la requête en autorisation d'appel.