

COURT OF APPEAL OF  
NEW BRUNSWICK



COUR D'APPEL DU  
NOUVEAU-BRUNSWICK

6-20-CA

JACKIE VALOUR, ON HIS OWN BEHALF  
AND ON BEHALF OF THE METIS –  
ACADIAN MI'KMAQ FAMILIES IDENTIFIED  
IN SCHEDULE "A" FROM TRADITIONAL  
INDIGENOUS KOUCHIBOUGUAC  
TERRITORY, (MAP AT SCHEDULE "B") AND  
STEPHEN AUGUSTINE, HEREDITARY  
MI'KMAQ CHIEF FOR THE SIGENIGTEOUK  
DISTRICT, ON HIS OWN BEHALF AND ON  
BEHALF OF THE TRADITIONAL MI'KMAQ  
PEOPLES OF THE SAID DISTRICT

APPELLANTS

- and -

HER MAJESTY THE QUEEN IN RIGHT OF  
THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK AND  
THE ATTORNEY GENERAL OF CANADA

RESPONDENTS

Vautour et al. v. Her Majesty the Queen in right of  
the Province of New Brunswick et al., 2021  
NBCA 4

CORAM:

The Honourable Chief Justice Richard  
The Honourable Justice Green  
The Honourable Justice LaVigne

Appeal from two decisions of the Court of  
Queen's Bench:  
January 9, 2020  
February 12, 2020

History of Case:

Decisions under appeal:  
2020 NBQB 7  
2020 NBQB 38

JACKIE VALOUR, EN SON PROPRE NOM  
ET AU NOM DES FAMILLES MÉTISSES-  
ACADIENNES MI'KMAQ ÉNUMÉRÉES À  
L'ANNEXE A DU TERRITOIRE  
TRADITIONNEL AUTOCHTONE DE  
KOUCHIBOUGUAC (DONT LA CARTE  
FIGURE À L'ANNEXE B), ET STEPHEN  
AUGUSTINE, CHEF HÉRÉDITAIRE  
MI'KMAQ DU DISTRICT DE  
SIGENIGTEOUK, EN SON PROPRE NOM ET  
AU NOM DES PEUPLES MI'KMAQ  
TRADITIONNELS DE CE DISTRICT

APPELANTS

- et -

SA MAJESTÉ LA REINE DU CHEF DE LA  
PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK ET  
LE PROCUREUR GÉNÉRAL DU CANADA

INTIMÉS

Vautour et autre c. Sa Majesté la Reine du chef de  
la Province du Nouveau-Brunswick et autre, 2021  
NBCA 4

CORAM :

l'honorable juge en chef Richard  
l'honorable juge Green  
l'honorable juge LaVigne

Appel de deux décisions de la Cour du Banc de  
la Reine :  
le 9 janvier 2020  
le 12 février 2020

Historique de la cause :

Décisions frappées d'appel :  
2020 NBBR 7  
2020 NBBR 38

Preliminary or incidental proceedings:  
None

Procédures préliminaires ou accessoires :  
aucune

Appeal heard:  
October 29, 2020

Appel entendu :  
le 29 octobre 2020

Judgment rendered:  
January 28, 2021

Jugement rendu :  
le 28 janvier 2021

Reasons for judgment:  
The Honourable Justice LaVigne

Motifs de jugement :  
l'honorable juge LaVigne

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

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

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Appellant:  
Michael Swinwood

Pour les appelants :  
Michael Swinwood

For the Respondent Province of New Brunswick:  
Rachelle Standing

Pour l'intimée, la Province du Nouveau-  
Brunswick :  
Rachelle Standing

For the Respondent Attorney General of Canada:  
M. Kathleen McManus and  
Catherine M.G. McIntyre

Pour l'intimé, le Procureur général du Canada :  
M. Kathleen McManus et  
Catherine M.G. McIntyre

### THE COURT

### LA COUR

The appeal is dismissed with costs of \$5,000 payable to the Province of New Brunswick. Canada did not seek costs, and accordingly no costs are awarded to Canada.

L'appel est rejeté avec dépens de 5 000 \$ payables à la Province du Nouveau-Brunswick. Le Canada n'a pas sollicité les dépens; ainsi, aucuns dépens ne lui sont accordés.

The judgment of the Court was delivered by

LAVIGNE, J.A.

I. Introduction

[1] This matter evokes the notion that a dispute once adjudged with finality should not be subject to relitigation. The law has developed several principles to prevent the abuse of the decision-making process; among them are the closely related common law doctrines of *res judicata* (comprising both issue estoppel and cause of action estoppel) and abuse of process. These doctrines call for judicial balance among finality, fairness, efficiency and authority of judicial decisions.

[2] In the late 1960s, or early 1970s, the lands of Jackie Vautour and others were expropriated to create the Kouchibouguac National Park (the “Park”). As a result, much ink has been spilled since then. In a series of legal proceedings involving Jackie Vautour, courts found the expropriations and the creation of the Park were lawful. A court also found Mr. Vautour had failed to establish the presence of a historic Métis community in the area of the Park and, therefore, dismissed his claim to a constitutionally protected right to fish for food in the Park. In the current action, Aboriginal title to the Park is claimed.

[3] This raises the question of whether the contested claim is an attempt to relitigate issues already settled. If answered in the affirmative, would putting an end to it at this early stage result in an injustice to the appellants? Justice sometimes demands fresh litigation: *British Columbia (Workers’ Compensation Board) v. Figliola*, 2011 SCC 52, [2011] 3 S.C.R. 422, at para. 1, per Abella J. In my view, this is not such a case.

[4] Two decisions rendered by a judge of the Court of Queen’s Bench are being appealed. In the first decision, reported at 2020 NBQB 7, [2020] N.B.J. No. 25 (QL), the motion judge refused to recuse himself from the case, finding that the allegations of bias and apprehension of bias were without merit. In the second decision,

reported at 2020 NBQB 38, the motion judge struck out the claims with respect to Jackie Vautour and those he purports to represent, having determined it was plain and obvious that they failed to disclose a reasonable cause of action, as the claims were barred by issue estoppel and abuse of process by relitigation. He granted judgment dismissing the claims.

[5] For the reasons elaborated below, I would dismiss the appeal of both the recusal decision and the decision striking the claims.

## II. The Current Action

[6] The current action was commenced in 2017. The plaintiffs identify as “Jackie Vautour, on his own behalf and on behalf of the Métis – Acadian Mi’kmaq families identified in Schedule ‘A’ from traditional Indigenous Kouchibouguac Territory, (Map at Schedule ‘B’) and Stephen Augustine, Hereditary Mi’kmaq Chief for the Sigenigteouk District, on his own behalf and on behalf of the traditional Mi’kmaq Peoples of the said district.” The defendants are Her Majesty the Queen in Right of The Province of New Brunswick (“New Brunswick”) and The Attorney General of Canada (“Canada”).

[7] The plaintiffs seek the following relief, among other remedies:

- a) A declaration that the Métis-Acadian Mi’kmaq and the traditional Mi’kmaq of the Sigenigteouk district have existing indigenous title to Kouchibouguac National Park;
- b) A declaration that indigenous title lands in Kouchibouguac National park are not Crown lands as defined in the National Parks Act and that this legislation does not override the indigenous title of the Métis-Acadian and Mi’kmaq peoples;
- c) A declaration that the Métis-Acadian families and the Mi’kmaq families of the Sigenigteouk district have existing indigenous rights to carrying on traditional hunting and fishing activities within the territory;

[...]

e) Damages from Canada and the Province for any unjustifiable infringement of Métis-Acadian and Mi'kmaq indigenous title;

f) Damages from Canada and the Province for any unjustifiable infringement of Métis-Acadian and Mi'kmaq indigenous rights;

g) Damages from Canada and the Province for the unjustifiable and illegal removal of the families identified at Schedule "A" in order to create a National Park[.]

[8] Each defendant filed a Statement of Defence wherein it pleaded the doctrines of *res judicata* (issue estoppel) and abuse of process with respect to Jackie Vautour and those he purports to represent. For simplicity, I will refer throughout to Jackie Vautour and those he purports to represent as the "Vautour appellants" and to Stephen Augustine and those he purports to represent as the "Augustine appellants."

[9] In 2019, New Brunswick and Canada each filed a Notice of Motion setting out a question of law to be determined pursuant to Rule 23.01(1)(a) of the *Rules of Court*, namely whether all claims found in the Amended Statement of Claim with respect to the Vautour appellants (the "Claim") were barred by the doctrines of *res judicata* (issue estoppel) and/or abuse of process. They also sought an order striking the Claim for failure to disclose a reasonable cause of action, pursuant to Rule 23.01(1)(b), and asked that judgment be granted under Rules 37.10 and 22.04(5).

[10] The motions did not concern the claims pertaining to the Augustine appellants. New Brunswick and Canada agreed these claims should proceed.

[11] The crux of the grounds for both motions is captured by Canada in its Notice of Motion:

1. [...] The absence of a historic rights-bearing Métis community in New Brunswick generally, and in Kouchibouguac National Park, specifically, is a matter of settled law (*Canada v. Vautour*, 2010 NBPC 39; aff'd

2015 NBQB 94; leave to appeal refused, 2017 NBCA 21; leave to appeal to SCC refused 37681 (February 8, 2018)).

2. It is settled law that the expropriation of the lands by the Province of New Brunswick and the creation of Kouchibouguac National Park by the Crown was lawful (*Canada (Attorney General) v. Vautour*, (1980), 26 N.B.R. (2d) 698; aff'd (1981), 28 N.B.R. (2d) 434; leave to appeal to SCC refused, 32 NR 448 (note); *Vautour v. NB*, 62 N.B.R. (2d) 142 leave to appeal to SCC refused, 167 A.P.R. 80, 65 N.B.R. (2d) 180n).

[12] The defendants submitted that, pursuant to this settled law, the Claim failed to disclose a reasonable cause of action.

[13] No evidence was filed prior to, nor submitted at, the hearing of the companion motions, which was held on September 25, 2019.

[14] After this hearing, but before the decision was rendered, the appellants filed a motion seeking the recusal of the motion judge, alleging he had shown personal bias against them, based chiefly on comments he had made during the hearing. This motion was heard on December 18, 2019. In a decision dated January 9, 2020, the motion judge found the appellants' allegations did not give rise to bias nor to a reasonable apprehension of bias; consequently, he dismissed the motion.

[15] On February 12, 2020, the motion judge rendered his decision regarding the companion motions. He found the Vautour appellants' "claim to Indigenous status rests upon the existence of a distinctive historic Métis community in the Kouchibouguac National Park which is inexistent" (para. 61). He determined the doctrines of abuse of process and issue estoppel barred the Claim, and, as requested, he struck out the Claim for failing to disclose a reasonable cause of action and granted judgment.

[16] The appellants addressed both decisions in a single Notice of Appeal; therefore, these reasons deal with both decisions.

### III. Prior Proceedings Concerning Mr. Vautour

[17] In support of their argument that the Claim relitigates issues already settled, the respondents point to the following court proceedings.

#### A. *The civil proceedings*

(1) Action commenced in 1979 by the Attorney General of Canada against Mr. Vautour and others for trespass in the Park

[18] In the current action, the Amended Statement of Claim alleges that, between 1969 and 1971, New Brunswick expropriated the lands of 280 Métis families of Acadian and Mi'kmaq ancestry and transferred these lands to Canada for the creation of the Park. Mr. Vautour was among those whose lands were expropriated.

[19] In 1979, the Attorney General of Canada commenced an action against Mr. Vautour and others for trespass in the Park. The defendants denied the Crown was the owner of the Park and pleaded possession. This put in issue the propriety of the expropriation proceedings upon which the Crown's title was based. Stratton J., as he then was, declared the Crown was the owner of the Park and ordered Mr. Vautour and the other defendants to vacate the property: *Attorney General of Canada v. Vautour et al.* (1979), 26 N.B.R. (2d) 698, [1979] N.B.J. No. 189 (QL). The subsequent appeal was dismissed: *Attorney General of Canada v. Vautour et al.* (1980), 28 N.B.R. (2d) 434, [1979] N.B.J. No. 317 (QL) (C.A.). G. Richard J.A., as he then was, writing for the Court, concluded: "Unequivocally, all [the defendants] are trespassers" (para. 5). Leave to appeal to the Supreme Court was denied: *Comeau et al. v. Attorney General of Canada* (1981), 32 N.B.R. (2d) 89 n, 32 N.R. 448 n.

(2) Two actions commenced in 1980 by Mr. Vautour: one against the Province of New Brunswick and the other against the Attorney General of New Brunswick

[20] The action against the Province of New Brunswick claimed damages for an alleged trespass and eviction from certain lands situated in the Park. The Province applied for an order striking out the plaintiff's action. It argued the issue of trespass to lands and eviction, raised by the plaintiff, went to the validity of the expropriation of the lands for the creation of the Park, which issue had already been adjudicated by the courts in the 1979 action and was therefore *res judicata*. It also claimed the Statement of Claim disclosed no reasonable cause of action and was frivolous and vexatious, and the action was an abuse of process. Dickson J. dismissed the action, finding, "the matters in issue concerning the land ha[d] already been decided" and the claim was "manifestly vexatious and plainly an abuse of the process of the court": *Vautour v. Province of New Brunswick* (1981), 32 N.B.R. (2d) 509, [1980] N.B.J. No. 283 (QL), at para. 36. Mr. Vautour appealed the decision.

[21] The Court dismissed the appeal: *Vautour v. New Brunswick, Province of* (1985), 62 N.B.R. (2d) 142, [1985] N.B.J. No. 124 (QL) (C.A.). Angers J.A., writing for the Court, found the formal judgment in the 1979 action determined the Crown was the owner of the property in question and, since ownership of that property was an issue raised in the pleadings of the new action, that question was *res judicata*, and Mr. Vautour was estopped from litigating it again. Leave to appeal to the Supreme Court was denied: *Vautour v. Province of New Brunswick* (1986), 65 N.B.R. (2d) 180 n, 62 N.R. 399 n.

[22] In addition to his action against the Province of New Brunswick, Mr. Vautour instituted, at the same time, an action against the Attorney General of New Brunswick. The Attorney General also applied for an order striking out the action against it. The relief claimed by Mr. Vautour in this action included declarations as to the invalidity of the *National Parks Act*, R.S.C. 1970, c. N-13, and of the "purported" expropriation of his lands in 1970 for the purpose of the establishment of the Park. At the time, Mr. Vautour alleged he had "documentary title in fee simple" to the expropriated lands. Dickson J. noted that, in the 1979 action, Mr. Vautour, although challenging the Crown's title, chose not to assert in his defence any allegation of title in himself, nor did he raise the constitutional validity of the *National Parks Act*. This action was also dismissed. Dickson J. found the issues had already been answered in the 1979 action, the



claims were “manifestly vexatious and plainly an abuse of the process of the court and the action should at [that] early stage be struck down”: *Vautour v. Attorney-General of New Brunswick* (1980), 31 N.B.R. (2d) 602, [1980] N.B.J. No. 222 (QL), at para. 32. Mr. Vautour appealed.

[23] The appeal was dismissed. Angers J.A., for the Court, disposed of the *res judicata* ground for the same reasons as those stated in his decision of the same date dealing with the Province of New Brunswick. He added Mr. Vautour was “estopped from raising either the issue of his title or of the constitutional validity of the *National Parks Act* because he [had] failed to take advantage of his opportunity to do so in the previous proceeding where the same issues could have been decisive of the result”: *Vautour v. Attorney General of New Brunswick* (1985), 62 N.B.R. (2d) 162, [1985] N.B.J. No. 122 (QL), at para. 10 (C.A.). Leave to appeal to the Supreme Court was denied: *Vautour v. Attorney General of New Brunswick* (1986), 65 N.B.R. (2d) 180 n, 62 N.R. 399 n.

B. *The 2010 criminal proceedings against Mr. Vautour for fishing in the Park*

[24] Accused of unauthorized fishing in the Park, Mr. Vautour and his son Roy admitted to the *actus reus* of the offences but claimed a constitutionally protected Aboriginal right under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* as Métis to fish for food in the area of the Park.

[25] The trial took place in the course of several sittings over four years, with lay witnesses and expert witnesses called by the Crown and by the defendants. The Vautours were represented by counsel. The motion judge, in the case now under appeal, observed that Chief Stephen Augustine (an appellant in the current action), “specializing in Eastern Maritime ethnology”, had “testified for two days” before the trial judge and “filed an expert report in which he acknowledged ‘there is no defined Métis community as described in the *Powley* case’” in the area of the Park (decision striking the Claim, at para. 14).

[26] In his reasons, reported at *R. v. Vautour*, 2010 NBPC 39, [2010] N.B.J. No. 392 (QL) (“*R. v. Vautour* (2010)”), Arseneault A.C.J., of the Provincial Court, as he then was, observed the case was not just about whether the Vautours were individuals of mixed Acadian and Mi’kmaq heritage; the key issue, he noted, was whether a historical distinctive Métis community had emerged in Nova Scotia and New Brunswick at the time of effective control by the Europeans and, if so, whether it had continued over time with rights that might be exercised in the area of the Park (para. 5). He stated: “[...] aboriginal rights that are entrenched in our Constitution are communal in nature and must be rooted in the existence of a historical and present community (in this case Métis) and may only be exercised by reason of an ancestrally based membership in the present community” (para. 4).

[27] Associate Chief Judge Arseneault made findings of fact, applied the test set out by the Supreme Court in *R v. Powley*, 2003 SCC 43, [2003] 2 S.C.R. 207, and declared, “The evidentiary record overwhelmingly compels me to conclude to the absence of any historic Métis community in the area of Kouchibouguac National park at the relevant time” (para. 79). Accordingly, he held the Vautours had failed to satisfy the *Powley* test, dismissed their claim to a constitutionally protected right to fish for food in the area of the Park and convicted them on all charges.

[28] The Vautours appealed the decision to the New Brunswick Court of Queen’s Bench, where DeWare J., now C.J.Q.B., upheld the trial judge’s decision, finding “the appellants have failed to establish their entitlement to the benefit of section 35 of the *Constitution Act, 1982* as Métis”: *Vautour v. Her Majesty the Queen*, 2015 NBQB 94, [2015] N.B.J. No. 111 (QL), at para. 40. The Court refused leave to appeal: *Vautour et al. v. R.*, 2017 NBQA 21, [2017] N.B.J. No. 96 (QL). Richard J.A., now C.J.N.B., writing for the Court, stated:

[...] In *Powley*, the Supreme Court recognized that “[a]boriginal rights are communal rights: They must be grounded in the existence of a historic and present community, and they may only be exercised by virtue of an individual’s ancestrally based membership in the present community” (para. 24). This is a critical component of the

*Powley* test. Since the trial judge found on the evidence there was neither a historic rights-bearing community nor a contemporary rights-bearing community, it follows there can be no valid claim of Métis rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. [para. 8]

[29] The Supreme Court dismissed an application for leave to appeal: *John (Jackie) Vautour, et al. v. Her Majesty the Queen*, [2017] S.C.C.A. No. 282. The application for leave was filed in August 2017, and the current action was commenced in September 2017.

#### IV. Grounds of Appeal

[30] In their Notice of Appeal, the appellants set out the following grounds:

- Concerning the recusal decision, it is alleged the motion judge:
  1. came to conclusions that were not supported by the evidence and were arbitrary and imprecise;
  2. did not properly apply the test for recusal as set out in *Committee for Justice and Liberty et al. v. National Energy Board et al.*, [1978] 1 S.C.R. 369, and *Yukon Francophone School Board Education, Area #23 v. Yukon (Attorney General)*, 2015 SCC 25, [2015] 2 S.C.R. 282; and
  3. made palpable and overriding errors in his factual and legal conclusions.
- Concerning the decision striking the Claim, it is alleged the motion judge:
  1. did not make conclusions based on the evidence, and his conclusions were arbitrary and imprecise;

2. did not properly apply the legal tests set out in *Hryniak v. Mauldin*, 2014 SCC 7, [2014] 1 S.C.R. 87, and *LeBlanc v. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 N.B.R. (2d) 325; and
3. made palpable and overriding errors in his factual and legal conclusions.

V. Standards of Review

[31] The *Housen* standards of review apply: correctness for questions of law and those of mixed fact and law where there is an extricable legal principle at issue, and palpable and overriding error for questions of fact: *Housen v. Nikolaisen*, 2002 SCC 33, [2002] 2 S.C.R. 235.

[32] Correctness is the standard of review for a motion to strike out pleadings (see *Jones v. The Attorney General of Canada as representative of the Royal Canadian Mounted Police et al.*, 2018 NBCA 86, [2018] N.B.J. No. 328 (QL), at para. 13) as well as for a motion alleging bias (see *J.D. Irving, Limited v. North Shore Forest Products Marketing Board et al.*, 2014 NBCA 42, [2014] N.B.J. No. 162 (QL), at para. 25, per Robertson J.A.). Therefore, correctness is the standard of review that applies to the recusal decision and to the decision striking the Claim.

[33] However, when considering the doctrines of abuse of process and issue estoppel, a judge exercises his or her discretion to determine if the application of these doctrines would create an unjust or unfair result. Such discretionary decisions are generally owed deference. Accordingly, an appellate court should intervene only if the decision “is founded upon an error of law, an error in the application of the governing principles or a palpable and overriding error in the assessment of the evidence [...] or if it is unreasonable, in the sense that nothing in the record can justify it” (see *Forsythe v. Furlotte*, 2016 NBCA 6, 447 N.B.R. (2d) 48, at para. 17, Richard J.A., as he then was, quoting Drapeau C.J.N.B., as he then was, in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, at para. 4; see also

*Penner v. Niagara (Regional Police Services Board)*, 2013 SCC 19, [2013] 2 S.C.R. 125, at para. 27).

VI. The Recusal Decision

[34] The appellants requested that the judge assigned to this case recuse himself, submitting in their Notice of Motion that he had “shown personal bias against them based on comments [he] made” and “that institutional bias ha[d] been shown against them as the Court of Queen’s Bench has a sworn duty to uphold Crown law to the detriment of the laws, traditions and customs of Indigenous Peoples.”

[35] It is important to mention at the outset that the motion judge dismissed the assertion of institutional bias, noting this was “a bald allegation” (para. 35) for which “no evidence was tendered” (para. 36). This part of the recusal decision was not specifically challenged nor argued by the appellants in their written or oral submissions. No more needs to be said other than I agree with the motion judge that this allegation was devoid of merit.

[36] Allegations of this nature are serious and should not be made lightly, as they call into question not simply the personal integrity of the judge, but the integrity of the entire administration of justice: *R. v. S. (R.D.)*, [1997] 3 S.C.R. 484, [1997] S.C.J. No. 84 (QL), at para. 113.

[37] I will move on to the allegation of personal bias.

[38] The grounds of appeal on this issue may be consolidated into a single question. Did the trial judge’s comments give rise to bias or a reasonable apprehension of bias? I would answer in the negative.

A. *The exchange at the basis of the recusal motion*

[39] When it is alleged a decision-maker is not impartial, the test to be applied is whether the particular conduct gives rise to bias or a reasonable apprehension of bias. The following exchange, which occurred between the Court and counsel for the appellants during the hearing of the companion motions, is the basis of the appellant's allegations:

Mr. SWINWOOD: [...] And for you, Mr. Justice [...], to make a decision based on what you see in the pleadings, would be rather unfair in the absence of an evidentiary record. How could one say that – that all is defeated by a case that's never been litigated? By principles that have not been adjudicated upon? And I say to you –

THE COURT: But it will be, eventually, with what will be likely –

MR. SWINWOOD: What –

THE COURT: – for Indigenous People. And Aboriginals' rights will be discussed in that context.

MR. SWINWOOD: Well, that's right.

THE COURT: Mr. Vautour doesn't sound like an Aboriginal.

MR. SWINWOOD: Doesn't sound like an Aboriginal?

THE COURT: Like, it doesn't sound like he has any rights and that was determined in the – he – he – is not. That there's no such community in New Brunswick. That's –

MR. SWINWOOD: But that's not the – that's not the case that's before the Court.

THE COURT: Okay.

MR. SWINWOOD: The – but – what – it isn't the case, Mr. Justice [...]. That is not the case before the Court. The case that's before the Court is what I read to you in paragraph 6.

THE COURT: All right.

MR. SWINWOOD: Well, it seems like you've made up your mind on that issue. The –

THE COURT: I will write my decision in the future, sir. I haven't made up my mind on anything.

MR. SWINWOOD: Okay. Well, it just seemed that way. Well, I have to say to you, Mr. Justice [...], that there's a distinction – a big distinction – between what was decided in *Canada versus Vautour* and what this case is – is presented as. This case is presented as a combination. A combination of the common law and the laws, traditions and customs of the Native People. What *Tsilhqot'in* says on the laws, traditions and customs of the Native People has not been explored. There – There is – There is no case that has explored that proposition that's set out in paragraph 6 of the Statement of Claim. Paragraph 6 stands in contradistinction to *Canada versus Vautour*. Do you appreciate, Mr. Justice [...], that *Tsilhqot'in* was decided in 2014? *Tsilhqot'in* wasn't available in 2010. 2014 is the first time that an Indigenous title is found. The very first time. That's what makes it distinctive. Thank you, those are my submissions.

THE COURT: Thank you. [...]

B. *The test for finding bias*

[40] There is a subjective and an objective component to the bias test. A judge should recuse himself or herself if: (1) the judge subjectively concludes he or she will not be able to impartially adjudicate the matter; or (2) the circumstances raise a reasonable apprehension of bias.

[41] The test for a reasonable apprehension of bias has been broadly accepted as that articulated by de Grandpré J., dissenting, in *Committee for Justice and Liberty*:

[...] “what would an informed person, viewing the matter realistically and practically—and having thought the matter through—conclude. Would he think that it is more likely than not that [the decision-maker], whether consciously or unconsciously, would not decide fairly.” [p. 394]

See also *Yukon Francophone School Board Education, Area #23*, at para. 20; *Bossé et al. v. Lavigne*, 2015 NBCA 54, 440 N.B.R. (2d) 118, at para. 7(7).

[42] In *Bossé*, the Court summarized the principles governing the disposition of recusal motions, as discussed and applied numerous times in the Supreme Court, in our Court and in courts across Canada.

[43] The object of the bias test is to ensure not only the reality, but also the appearance of a fair adjudicative process. Judges are required and expected to approach every case with impartiality and an open mind:

Impartiality is “a state of mind in which the adjudicator is disinterested in the outcome and is open to persuasion by the evidence and submissions”; whereas bias “denotes a state of mind that is in some way predisposed to a particular result”: *S. (R.D.)*, at paras. 104-105[.]

[*Bossé*, at para. 7(1)]

[44] The elements of the objective test are the following:

[...] (1) the person considering the alleged bias must be a reasonable person, not one who is very sensitive or scrupulous, but rather one who is right-minded; (2) the person be a well informed person, with knowledge of all the relevant circumstances; (3) the apprehension of bias itself must be reasonable in the circumstances of the case; (4) the situation must be fully examined, not just the face of it; and, the examination must be one that is both realistic and practical; (5) the inquiry begins with a strong presumption of judicial impartiality and looks to determine whether it has been displaced such that there is a real likelihood or probability of apprehension that the judge would not decide the case fairly on the merits[.]

[*Bossé*, at para. 7(8)]

[Emphasis in original]

[45] While the requirement of judicial impartiality is a stringent one, the onus is on the party alleging bias, and the threshold to establish it is high because the integrity of the administration of justice presumes fairness, impartiality and integrity in the performance of the judicial role. Such presumption is not easily displaced:



The grounds for the apprehension of bias must be substantial and the evidence demonstrating it must be cogent; the threshold is high and the onus of demonstrating bias lies with the one alleging it; “The grounds giving rise to the apprehension of bias must be sufficiently serious to rebut the presumption that the judge will abide by his or her oath of office and ‘[judge] a particular controversy fairly on the basis of its own circumstances’”: *Gaudet*, at para. 5, referring to an excerpt from *United States v. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), at p. 421, quoted with approval in *S. (R.D.)*; or, in other words, “Because there is a strong presumption of judicial impartiality that is not easily displaced [...], the test for a reasonable apprehension of bias requires a ‘real likelihood or probability of bias’”: *Yukon Francophone School Board*, at para. 25.

[*Bossé*, at para. 7(10)]

C. *Application of the guiding principles*

[46] The exchange reproduced above was the motion judge’s only intervention during the submissions of solicitor Michael Swinwood, counsel for the appellants, which lasted approximately one hour, and it occurred during the final moments of the hearing.

[47] The appellants object specifically to the use by the court of the phrases “Mr. Vautour doesn’t sound like an Aboriginal” and “it doesn’t sound like he has any rights and that was determined in the – he – he – is not. That there’s no such community in New Brunswick.” They argue the comments show that the case had already been decided. In their written submission, they submit the motion judge’s comments “were declaratory statements” (p. 10) and “demonstrated an insensitivity to an indigenous person, literally suggesting that they are not indigenous and have no rights and displaying a thorough lack of understanding of the case before the Court” (p. 6), and the motion judge “was making conclusions based on the record in [*R. v. Vautour* (2010)] and not [on] the record before him” (p. 10). There is no doubt the motion judge was referring to the criminal proceedings. However, I cannot agree that his comments indicate he had already reached conclusions. Rather, it shows he was trying to compress into a few words what he thought the previous case stood for.

[48] As the Court noted in *Bossé*, citing *Yukon Francophone School Board Education, Area # 23*, the enquiry for a determination of a reasonable apprehension of bias is “inherently contextual” and “highly fact-specific” (para. 7(3)). Comments are not to be interpreted in isolation but within the context of the hearing, which, here, is telling.

[49] The hearing concerned a request to strike out the claims of the Vautour appellants on the basis that exhaustive litigation involving Mr. Vautour had previously settled the issues raised in the current action. Canada and New Brunswick concluded their arguments by relying heavily on the findings in *R. v. Vautour* (2010) to put forward their position.

[50] In those proceedings, the Provincial Court found Mr. Vautour and his son had “failed to establish the presence of a historic Métis community in the area of Kouchibouguac a prerequisite under the *Powley* test;” therefore, their “claim to a constitutionally protected right to fish for food in the area of Kouchibouguac National Park” was dismissed (para. 86). The Court of Queen’s Bench dismissed the appeal, finding the Vautours had “failed to establish their entitlement to the benefit of section 35 of the *Constitution Act, 1982* as Métis” (para. 40). Our Court refused leave to appeal, stating, “Since the trial judge found on the evidence there was neither a historic rights-bearing community nor a contemporary rights-bearing community, it follows there can be no valid claim of Métis rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*” (para. 8).

[51] It is obvious from the words used by the motion judge he was alluding to these findings and conclusions when he said, “Mr. Vautour doesn’t sound like an Aboriginal” and “it doesn’t sound like he has any rights and that was determined in the – he – he – is not. That there’s no such community in New Brunswick,” rather than reaching conclusions in the matter before him. This was not an indication the motion judge had predetermined the issue or was predisposed to a particular result.

[52] Given the context in which they were made, the motion judge’s comments were not directed to Mr. Vautour’s personal identity, but rather to the previous judicial findings. It is clear the motion judge meant that, on the basis of the findings made in the

criminal proceedings, Mr. Vautour did not appear to be a member of the “aboriginal peoples of Canada” entitled to “aboriginal [...] rights” recognized and affirmed by s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, since *R. v. Vautour* (2010) determined there was no historic rights-bearing Métis community in New Brunswick, and without one Mr. Vautour had no valid claim to rights as an Aboriginal under s. 35.

[53] The appellants argued the foundational issue in the current case had not been decided in the prior proceedings. In his reasons, the motion judge observed he was “summarizing the Defendants’ arguments and allowing counsel for the Plaintiffs to respond” (para. 32). During the exchange, the motion judge stated that he had not made up his mind. The probing by the judge provided Mr. Swinwood with an opportunity to respond to the court’s concerns. As is apparent from the exchange, counsel did reply by stating the issues raised by the appellants in the Claim were not the same as those that were litigated in the past, arguing that the case now before the Court was set out in para. 6 of the Statement of Claim and that there was “a distinction – a big distinction – between what was decided in [*R. v. Vautour* (2010)] and what this case [was] presented as.”

[54] While judges have a duty to remain impartial, they are not required to remain silent. It is appropriate for judges to engage with counsel and to make comments that encourage counsel to clarify legal arguments or a client’s position on a point. In fact, it is often in the interests of justice for judges to intervene in the adversarial debate. As Lamer J., as he then was, observed in *Brouillard Also Known As Chatel v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 39, [1985] S.C.J. No. 3 (QL):

First of all, it is clear that judges are no longer required to be as passive as they once were; to be what I call sphinx judges. We now not only accept that a judge may intervene in the adversarial debate, but also believe that it is sometimes essential for him to do so for justice in fact to be done. Thus a judge may and sometimes must ask witnesses questions, interrupt them in their testimony and if necessary call them to order. [p. 44]

See also *Yukon Francophone School Board Education, Area #23*, at para. 27.

[55] In my view, these comments apply with equal, if not more, force to questioning or interrupting counsel. It is often more equitable to a party to confront counsel with a question that is troubling the court than to decide the matter without giving her or him an opportunity to address the troublesome matter.

Other matters

[56] Before concluding this part and moving to the decision striking the Claim, I pause to comment briefly on two other matters.

[57] The first matter concerns an affidavit the appellants filed in support of their motion, in addition to the exchange reproduced above. The affiant declared he was a plaintiff, present during the hearing of the motions along with approximately 100 other attendees, the majority of whom were also plaintiffs, and the majority of the attendees were visibly shaken by the exchange. He added it was obvious the motion judge “was saying he doubted Mr. Vautour was Aboriginal, and that he had no Aboriginal rights.” He also stated that, based on the exchange, a reasonable person would come to the conclusion they were “being treated unfairly and without application of a fair-minded and unbiased adjudicative process.” The appellants submit the motion judge improperly assessed this affidavit in determining there was no reasonable apprehension of bias.

[58] While the court correctly determined that this affidavit was insufficient to meet the objective test for a reasonable apprehension of bias, the affidavit was, in my view, irrelevant. The objective component of the reasonable apprehension of bias test is to be determined objectively by a court asking itself whether a reasonable and well-informed person would perceive bias after examining the situation in depth and viewing it realistically and practically. It is not to be based on the impression, perception or opinion of individuals sitting in the courtroom – the majority of whom in this case were identified as plaintiffs. The reasonable person postulated within the test is a legal fiction, a hypothetical person through whose eyes a court assesses the apprehension of bias.

[59] The other matter pertains to the appellants' submission that the motion judge also demonstrated a reasonable apprehension of bias by making palpable and overriding errors in the assessment of the evidence and in his legal conclusions. These alleged errors will be addressed in the context of the appeal regarding the striking out of the Claim and are not relevant to the question of bias. There is no evidence that the errors, if any, were not made in good faith.

D. *Conclusion concerning the recusal decision*

[60] Although the appellants submit in their grounds of appeal the motion judge did not properly apply the test for recusal, they have not made any legal argument as to the manner in which he erred, and I find this argument is without merit.

[61] In his reasons, the motion judge reviewed the relevant jurisprudence from the Supreme Court and noted the guiding principles summarized by this Court in *Bossé*. There is no doubt he turned his mind to the appropriate legal test. Applying the proper principles, the motion judge declined to recuse himself. He concluded there was no subjective reason to recuse himself, and, after examining the objective component of the test, he concluded that no actual bias or reasonable apprehension of bias had been established.

[62] No cogent evidence was adduced to overcome the high threshold for displacing the presumption of impartiality. The reasonable, right-minded, informed person, within the broader context of the entire proceedings, would neither view the motion judge's comments as expressing prejudgment of the appellants' case nor find in the circumstances any apprehension of bias, let alone a reasonable one.

[63] The motion judge's analysis was fulsome. He asked himself the appropriate questions and provided concise, comprehensive written reasons for not recusing himself. I find no error in the motion judge's analysis and I agree with his conclusion.

## VII. The Decision Striking the Claim

[64] I will start by putting to rest any suggestion the motion judge disposed of the motions by applying Rule 22 instead of Rule 23.

### A. *Rules 23 and 37*

[65] In their second ground of appeal concerning the decision striking the Claim, the appellants allege the motion judge did not properly apply the legal tests set out in *Hryniak* and *LeBlanc*. *LeBlanc* could be relevant because in that case the Court stated, “Rule 23.01(1)(a) is unsuited for the resolution of unsettled, complex and difficult questions of statutory interpretation whose determination would be facilitated by a consideration of evidence” (para. 35, per Drapeau C.J.N.B., as he then was). However, *Hryniak* is a case on summary judgment, which, in New Brunswick, is the subject of our Rule 22. The respondents in the present matter sought relief under Rule 23, not Rule 22. For the sake of convenience, the relevant parts of the *Rules of Court* are reproduced below:

#### **23.01 Where Available**

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or  
[...]

#### **37.10 Disposition of Motion**

#### **23.01 Applicabilité**

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l’action, demander à la cour

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l’action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abréger le procès ou réduire considérablement les frais,

b) qu’une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d’action ni de défense raisonnable soit radiée ou  
[...]

#### **37.10 Décision**

On the hearing of a motion, the court may allow or dismiss the motion or adjourn the hearing, with or without terms; or, in the alternative or in addition, may direct

À l’audition d’une motion, la cour peut accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l’audience avec ou sans conditions. La cour peut prescrire en outre ou dans l’alternative

(a) in a proper case, that the motion be converted into a motion for judgment, [...]

a) que la motion soit transformée en une motion pour jugement, s’il y a lieu, [...]

[66] As the Court recently articulated in *Gillis v. Cities of Bathurst and Fredericton*, 2020 NBCA 16, [2019] N.B.J. No. 401 (QL), “[a]n order converting a motion for relief under Rules 23.01(1)(a) and (b) into a motion for judgment under Rule 37.10(a) does not bring Rule 22 into play” (para. 39). Although he made a single reference to *Hryniak* and granted a “summary judgment”, the motion judge correctly disposed of the companion motions on the basis of the test set out in *Hunt v. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 S.C.R. 959, [1990] S.C.J. No. 93 (QL), namely, the “plain and obvious” test.

[67] Notwithstanding this ground of appeal, the appellants did not argue before us that reversal was warranted because the motion judge’s decision was based on Rule 22. This argument would have been devoid of merit. Borrowing the words of Drapeau J.A. in *Gillis*, I “unhesitatingly conclude [the motion judge] uses the expression ‘summary judgment’ as a plain-speak means of describing what he was being asked to grant and what he chose to grant, namely a judgment based on the pleadings and the applicable law in accordance with Rule 37.10(a)” (para. 41).

B. *The real nature of this appeal*

[68] Although the ultimate question in this appeal is whether the motion judge erred in striking the Claim and granting judgment, at its core, the appeal of this decision, as argued, turns on the answer to the following two questions:

- First – Were the preconditions to the application of the common law doctrines of issue estoppel and abuse of process satisfied?
- Second – If so, did the motion judge err by failing to exercise his discretion to permit the appellants to avoid the doctrines of issue estoppel and abuse of process in this particular case?

[69] I would answer the first question in the affirmative and the second question in the negative.

C. *First question – Were the preconditions to the application of the common law doctrines of issue estoppel and abuse of process satisfied?*

[70] I will first briefly review the law relating to issue estoppel and abuse of process and then apply it to the facts of this case to determine if the requirements were met. I will then, in the next section, address the second question, namely, the motion judge’s exercise of discretion.

[71] The policy grounds supporting issue estoppel are the same as the essential policy grounds supporting abuse of process by relitigation, namely, “that there be an end to litigation and that no one should be twice vexed by the same cause”: *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, at para. 38. As I will discuss in the second question, even if the requirements for the doctrines are met, the court has a residual discretion not to apply them if to do so would create an unjust or unfair result.

[72] The traditional approach to adjudication is one that favours the settlement of all issues at once; a party is expected to raise all appropriate issues and is not permitted multiple opportunities to obtain a favourable judicial determination. In *Danyluk v. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 SCC 44, [2001] 2 S.C.R. 460, Binnie J., writing for the Supreme Court, emphasized the importance of finality in litigation: “it requires litigants to put their best foot forward to establish the truth of their allegations when first called upon to do so. A litigant [...] is only entitled to one bite at the cherry” (para. 18).



(1) Issue estoppel

[73] Issue estoppel is a branch of the doctrine of *res judicata*. It generally precludes a party from relitigating issues decided in prior judicial proceedings where three conditions are met: (1) the same question has been decided; (2) the judicial decision that is said to create the estoppel was final; and (3) the parties to the judicial decision or their privies were the same persons as the parties to the proceedings in which the estoppel is raised or their privies (*Danyluk*, at para. 25; *Toronto (City)*, at para. 23; *Penner*, at para. 29).

[74] Where these three conditions are met, the court nonetheless retains a discretion not to apply the doctrine if its application “in the particular case would work an injustice” (*Danyluk*, at para. 80; *Penner*, at para. 30).

[75] Discretion has been said to be limited to special or exceptional circumstances and more limited where the prior decision is that of a court rather than an administrative tribunal (see *Danyluk*, at para. 62; *CUPE, Local 1188 and LeBlanc v. Town of Sackville* 2007 NBCA 18, 313 N.B.R. (2d) 147, at para. 33; *Minott v. O’Shanter Development Co.*, [1999] O.J. No. 5 (QL) (C.A.), at para. 51).

[76] There is no definitive list of factors for determining whether, in a particular case, it is fair to apply issue estoppel. The exercise of the discretion is necessarily case-specific and depends on the entirety of the circumstances. The Supreme Court has stated that unfairness warranting the exercise of discretion may arise from the unfairness of the prior proceedings, or from the unfairness of their result, or both, such as where there is a significant difference between the purposes, processes or stakes involved in the two proceedings (*Penner*, at paras. 38-42). As noted by Binnie J., in *Danyluk*, “[t]he objective is to ensure that the operation of issue estoppel promotes the orderly administration of justice but not at the cost of real injustice in the particular case” (para. 67).

(2) Abuse of process

[77] Relitigation of issues that have been before the courts in a previous proceeding can also create an abuse of process. The Court recently had the opportunity to discuss the doctrine of abuse of process by relitigation in *Landry v. Attorney General of New Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] N.B.J. No. 113 (QL):

The doctrine of abuse of process by relitigation was set out by the Supreme Court in *Toronto (City) v. C.U.P.E., Local 79*, 2003 SCC 63, [2003] 3 S.C.R. 77, and applied by Richard J.A. (as he then was) in *Forsythe v. Furlotte*, 2016 NBCA 6, 447 N.B.R. (2d) 48. The doctrine applies in a variety of legal contexts, results from the inherent discretion of the court to prevent abuse of process in a way that would bring the administration of justice into disrepute and is essentially aimed at preserving the integrity of the judicial system. It is a flexible doctrine, unencumbered by the specific requirements of common law concepts such as issue estoppel. As Arbour J. noted in *Toronto (City)*, writing for a unanimous Supreme Court on this point:

[...] Canadian courts have applied the doctrine of abuse of process to preclude relitigation in circumstances where the strict requirements of issue estoppel (typically the privity/mutuality requirements) are not met, but where allowing the litigation to proceed would nonetheless violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice. [...]  
[para. 37]

[para. 24]

[78] Simply put, the doctrine of abuse of process does not require that the parties in the current action be the same as those who litigated the alleged settled issues in prior proceedings.

[79] The overriding concern with the doctrine of abuse of process has less to do with the identity or interests of the parties or a “sense of unfairness to a party being called twice to put its case forward” – which is a chief concern of issue estoppel – and more to do with “the integrity of judicial decision making” (*Toronto (City)*, at para. 43).

[80] The need to protect the integrity of the adjudicative functions of courts compels a bar against relitigation (*Toronto (City)*, at para. 43). If relitigation leads to the same result, there will be a waste of judicial resources as well as unnecessary expense for the parties, and, if it leads to a different result, the inconsistency “will undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality” (*Toronto (City)*, at para. 51). Furthermore, there can be no assumption that relitigation will yield a more accurate result than the original proceeding.

[81] Relitigation should be avoided unless the circumstances dictate that it will enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system. It might be appropriate to permit re-litigation in the following circumstances: “(1) when the first proceeding is tainted by fraud or dishonesty; (2) when fresh, new evidence, previously unavailable, conclusively impeaches the original results; or (3) when fairness dictates that the original result should not be binding in the new context” (*Toronto (City)*, at para. 52).

[82] Furthermore, as Arbour J. pointed out in *Toronto (City)*, “[t]he discretionary factors that apply to prevent the doctrine of issue estoppel from operating in an unjust or unfair way are equally available to prevent the doctrine of abuse of process from achieving a similar undesirable result” (para. 53). This would apply, for instance, if the stakes in the original proceedings were too minor to give a party an adequate incentive to litigate.

(3) Application of the governing principles regarding issue estoppel

[83] The first step of the analysis is to determine whether the preconditions to the operation of issue estoppel have been established. The lion’s share of the hearing before us was consumed by the first requirement – whether we are dealing with the “same question.” Accordingly, the focus of these reasons is on that requirement as well as on the judge’s residual discretion not to apply the doctrine. These two matters are relevant to both issue estoppel and abuse of process.

(a) *First requirement: the same question has been decided*

[84] In short, the question is whether the appellants are relitigating issues that have been settled. Issue estoppel prevents relitigation of the questions or issues that the cause of action in the prior proceedings embraced. Binnie J. explained the meaning of “questions” as follows in *Danyluk*: “The question out of which the estoppel is said to arise must have been ‘fundamental to the decision arrived at’ in the earlier proceeding [...] the estoppel extends to the material facts and the conclusions of law or of mixed fact and law (‘the questions’) that were necessarily (even if not explicitly) determined in the earlier proceedings” (para. 24).

[85] The prior civil proceedings decided the lawfulness of the expropriation of the lands by the Province of New Brunswick and the creation of the Park by the Crown. The criminal proceedings decided there is no historic rights-bearing Métis community in New Brunswick generally and in the area of the Park specifically at the relevant time, and, therefore, Mr. Vautour could not have a constitutionally protected right to fish for food in the area of the Park.

[86] The motion judge determined the Claim depended on whether a historic rights-bearing Métis community was found to exist in the Park. I agree with his conclusion for the reasons elaborated below.

[87] During the hearing, the Court asked counsel for the appellants whether the current action was a collateral attack on Arseneault A.C.J.’s findings in the criminal proceedings. He informed us he was “absolutely not saying that decision is wrong.”

[88] The appellants’ chief argument is that the motion judge mischaracterized or misunderstood the case before the court and this mischaracterization misinformed the court’s decision and was central to the judge’s finding that the issue before the court had already been settled. This, they say, is a palpable and overriding error. They point more specifically to two paragraphs in the reasons where the motion judge states the Vautour appellants “see[k] declaratory and monetary relief under Section 35 of the *Constitution*

*Act, 1982*, based on their Métis status” (para. 5), and “submi[t] that [they] hol[d] Métis rights and title with respect to the Park” (para. 8).

[89] The appellants assert that, in the current action, the Vautour appellants are not claiming “Métis rights and title” to the Park “based on their Métis status” under s. 35. Therefore, they submit, their Claim is not dependent on a distinctive historic rights-bearing Métis community in the area of the Park because it is founded on a Mi’kmaq Indigenous title and the laws, traditions, practices and customs of the Mi’kmaq Nation.

[90] They submit para. 6 of the Amended Statement of Claim encapsulates what the current action is about and shows that the Claim has not been litigated before. Paragraph 6 states:

The Plaintiffs state that from the Mi’kmaq perspective, the Métis-Acadian peoples and the Mi’kmaq peoples are a culturally distinct indigenous peoples which form one big family connected by blood and the lands and the sea on-what is called M’ikma’ki (relatives land), specifically as it relates to Kouchibouguac National Park. The Mi’kmaq, Métis-Acadians are Métis peoples who fall under the protection of the umbrella of the Mi’kmaq Grand Council or Santi Mawio’mi. The Santi Mawio’mi embodies the sovereignty, laws, government, territories and rights of the Mi’kmaq Nation. Despite the trauma of colonization and patriarchal government policies, the teachings of the Elders, through oral traditions, customs and practices continues to inform the Grand Council and the Métis-Acadian line.

[91] Asked to explain the appellants’ position in layperson’s terms, counsel replied that, in this case, the issue of Indigenous title has been approached by Métis-Acadian Mi’kmaq families and the Traditional Mi’kmaq peoples of the Sigenigteouk District, seeking a declaration of a shared Mi’kmaq Indigenous title.

[92] At page 9 of their written submission, the appellants explain the Vautour appellants “are acknowledging and claiming an indigenous Mi’kmaq title, under the protection of the Mi’kmaq Grand Council and Mi’kmaq Nation.”

[93] The Augustine appellants are asserting a claim to a Mi'kmaq Indigenous title to the Park on behalf of themselves and the Vautour appellants. They support each other's claim to an Indigenous title. It is a claim based on the sharing of the Indigenous title between the traditional Mi'kmaq peoples of Sigenigteouk and the Métis-Acadian Mi'kmaq families based on the laws, traditions and customs of the Mi'kmaq Nation. They allege the *Powley* test is not applicable to such a claim.

[94] As for the civil proceedings concerning the lawfulness of the expropriations and creation of the Park, the appellants submit the current action is not relitigation, since the issue of an Indigenous Mi'kmaq title to the Park to be shared with the Métis-Acadian Mi'kmaq families, based on laws, traditions, customs and practices of the Mi'kmaq Nation has never been litigated before the courts. They contend that, since no Indigenous title was claimed nor considered when the Park was created, the Crown's title remains subject to the Indigenous title now claimed by the appellants.

[95] The Vautour appellants self-identify as "Métis-Acadian Mi'kmaq [...] descendants of inter-marriage between French settlers and Mi'kmaq indigenous peoples going back to 1610." The Amended Statement of Claim alleges:

- "The Métis Acadian Mi'kmaq families are an Indigenous people and distinctive Indigenous group with common territory, language, culture, values, customs, practices, traditions, spiritual beliefs and legal and political systems in respect of lands and waters known as Mi'kmaq and based on a Mi'kmaq indigenous title" (para. 2).
- "All of the Plaintiffs are Indigenous Peoples within Section 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 7).
- "The Métis-Acadian comprised an indigenous group at assumption of sovereignty of the British Crown over the area now known as Kouchibouguac National Park" and the Vautour Appellants as a group "is

the continuation of, and successor to” the historic indigenous group (para. 14).

- By 1969-1971, lands were expropriated to create the Park “despite the existence of some 280 families of Mi’kmaq and Métis-Acadian ancestry, who at the time had entitlement to an indigenous title to the land” (para. 15).

[96] On the basis of these excerpts, one could not be faulted for believing the Vautour appellants are once again asserting there was a historic rights-bearing Métis community in the area of the Park, of which they are the descendants and for which they claim entitlement to s. 35 rights, including Aboriginal title to the Park. Furthermore, relief sought in para. 37 of the Amended Statement of Claim (the relevant portions of which are reproduced hereinabove) seem to add credence to the respondents’ argument that the same matters are being relitigated. The Vautour appellants seek declarations that they have existing Indigenous title to the Park (subpara. 37(a)) and existing Indigenous rights to hunt and fish within the Park (subpara. 37(c)) and that the Park is not Crown land, as defined in the *National Parks Act* (subpara. 37(b)). In subparagraphs 37(e), (f) and (g) respectively, they claim damages for any unjustifiable infringement of their Indigenous title and other Indigenous rights and for the unjustifiable and illegal removal of the Métis-Acadian Mi’kmaq families from the Park. At first impression, this relief, except for the claim to an Indigenous title, appears familiar.

(i) Aboriginal rights constitutionally protected

[97] As noted, the Vautour appellants claim rights protected by s. 35 of the *Constitution Act, 1982*, which provides:

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

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

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

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

[98] Therefore, those who may claim constitutionally protected Aboriginal rights under s. 35(1) are the “aboriginal peoples of Canada,” defined in s. 35(2) as including “the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada.”

[99] At the patriation of the Constitution, in 1982, the extent of existing Aboriginal and treaty rights was not specifically identified. The law has rapidly evolved since then.

(ii) The *Powley* test: the Métis whose rights are protected and why

[100] In order to establish he or she is the holder of rights protected by s. 35, a claimant who self-identifies as a Métis must meet the three criteria set out in *Powley*:

- 1) self-identification as Métis;
- 2) an ancestral connection to an historic Métis community; and
- 3) acceptance by the modern Métis community (paras. 31-33).

[101] The appellants submit that establishing s. 35 Métis rights under *Powley* and being Métis are two distinct matters. I agree. The term “Métis,” according to its popular meaning, describes individuals with mixed Indian and European heritage and, although found in s. 35, is not statutorily defined. In *Powley*, the Supreme Court defined the Métis whose rights are protected by s. 35. It explained that “the term ‘Métis’ in s. 35 does not encompass all individuals with mixed Indian and European heritage.” It stated that “Métis” refers to “distinctive peoples who, in addition to their mixed ancestry, developed their own customs, way of life, and recognizable group identity separate from their Indian or Inuit and European forebears” (para. 10). The Court did not attempt to enumerate the various Métis peoples. It stated that, considering the Métis are expressly included in s. 35, it was only necessary to verify whether the claimants belonged “to an identifiable Métis community with a sufficient degree of continuity and stability to support a site-specific aboriginal right” (para. 12). The Court specified that “[a] Métis community can be defined as a group of Métis with a distinctive collective identity,



living together in the same geographic area and sharing a common way of life” (para. 12).

[102] As to why these rights are protected, the Supreme Court emphasized that the purpose of protecting Métis rights under s. 35(1) was to protect the Métis distinct culture: “The inclusion of the Métis in s. 35 is based on a commitment to recognizing the Métis and enhancing their survival as distinctive communities. The purpose and the promise of s. 35 is to protect practices that were historically important features of these distinctive communities and that persist in the present day as integral elements of their Métis culture” (para. 13). These are the Métis whose rights are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[103] Consequently, it is against this historical and cultural backdrop that any claim to s. 35 rights must be evaluated for claimants who self-identify as Métis.

[104] Based on this definition of the Métis people, the Court in *Powley* then set out the legal criteria noted above to determine Métis status. These are the criteria that define Métis identity for the purpose of identifying the individuals who can claim rights under s. 35. The definition of Métis is grounded in the unique Métis culture.

[105] Aboriginal rights are specific to each Aboriginal community. The specific nature of Aboriginal rights and the requisite connection with the historic community were stressed in *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, [1996] S.C.J. No. 77 (QL):

[...] aboriginal rights are constitutional rights, but that does not negate the central fact that the interests aboriginal rights are intended to protect relate to the specific history of the group claiming the right. Aboriginal rights are not general and universal; their scope and content must be determined on a case-by-case basis. The fact that one group of aboriginal people has an aboriginal right to do a particular thing will not be, without something more, sufficient to demonstrate that another aboriginal community has the same aboriginal right. [...] [para. 69]

(iii) Aboriginal title is an Aboriginal right

[106] Aboriginal title, which is what is being claimed here, is a distinct species of Aboriginal rights that is recognized and affirmed by s. 35 and arises where the connection of a group with a piece of land was of a central significance to its distinctive culture. Aboriginal title is a right of a unique nature that confers a right to the land itself and, as such, is more than the right to engage in specific activities, such as fishing or hunting: *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, [1997] S.C.J. No. 108 (QL), at paras. 111 and 137.

[107] Constitutionally recognized Aboriginal rights fall along a spectrum with respect to their degree of connection with land. At one end are practices, customs and traditions where the use of the land is not sufficient to support a claim of title, but nevertheless constitutes an Aboriginal right. At the other end lies Aboriginal title, which confers a right to the land itself, subject to certain inherent limitations. In between are site-specific rights to engage in a particular activity that fall short of title (*Delgamuukw*, at para. 138).

(iv) The test for proof of Aboriginal title

[108] The test for proof of Aboriginal title was set out by Lamer C.J., writing for the majority, in *Delgamuukw*, a decision heralded as one of the most significant cases in the history of Aboriginal law. It confirmed that practice-based Aboriginal rights such as fishing and hunting may coexist with Aboriginal title:

In order to make out a claim for aboriginal title, the aboriginal group asserting title must satisfy the following criteria: (i) the land must have been occupied prior to sovereignty, (ii) if present occupation is relied on as proof of occupation pre-sovereignty, there must be a continuity between present and pre-sovereignty occupation, and (iii) at sovereignty, that occupation must have been exclusive.

[para. 143]

[109] The test for the identification of Aboriginal rights to engage in particular activities and for the identification of Aboriginal title share broad similarities but are distinct in two ways. First, under the test for Aboriginal title, the requirement that the land be integral to the distinctive culture of the claimants is subsumed by the requirement of occupancy:

[...] The requirement exists for rights short of title because it is necessary to distinguish between those practices which were central to the culture of claimants and those which were more incidental. However, in the case of title, it would seem clear that any land that was occupied pre-sovereignty, and which the parties have maintained a substantial connection with since then, is sufficiently important to be of central significance to the culture of the claimants. As a result, I do not think it is necessary to include explicitly this element as part of the test for aboriginal title. [...] [*Delgamuukw*, at para. 151]

[110] There is another important distinction for Aboriginal peoples, other than Métis. Whereas the time for the identification of Aboriginal rights is generally the time of first contact, the time for the identification of Aboriginal title is the time at which the Crown asserted sovereignty over the land (*Delgamuukw*, at para. 142). For the Métis, this is no longer a distinction because, in applying the *Van der Peet* test to determine the Métis' s. 35 entitlements, the Supreme Court in *Powley* adjusted the pre-contact aspect of the test, for all other rights, to pre-sovereignty, in order to accommodate Métis history.

[111] In *Delgamuukw*, Lamer C.J. stated, "In order to establish a claim to aboriginal title, the aboriginal group asserting the claim must establish that it occupied the lands in question at the time at which the Crown asserted sovereignty over the land subject to the title" (emphasis in original; para. 144). The test also requires exclusive historic occupation. Exclusivity requires the claimant to demonstrate effective control of the land by the historic Aboriginal group, which had the ability to exclude others from the land they occupied if it chose to do so (see *Delgamuukw*, at para 155; *Tsilhqot'in Nation v. British Columbia*, 2014 SCC 44, [2014] 2 S.C.R. 257, at paras. 47-48).

[112] In *Van der Peet*, Lamer C.J. explained the protection of Aboriginal rights was aimed at the reconciliation of the prior occupation of lands by distinctive Aboriginal communities with the assertion of Crown sovereignty over those lands (para. 42). Therefore, Aboriginal title crystallizes at the time sovereignty is asserted, “with all the pre-sovereignty incidents of use and enjoyment that were part of the collective title enjoyed by the ancestors of the claimant group – most notably the right to control how the land is used” (*Tsilhqot’in*, at para. 75).

[113] The Supreme Court revisited Aboriginal title in *Tsilhqot’in* – the first Canadian case to find Aboriginal title. The *Vautour* decision in the criminal proceedings was rendered in 2010, a few years prior to the release of *Tsilhqot’in*, in 2014. However, contrary to what the appellants argue, the motion judge did consider whether *Tsilhqot’in* contained new legal principles applicable to the Claim but correctly decided it did not. In *Tsilhqot’in*, the Supreme Court reiterated the test for Aboriginal title it had set out in *Delgamuukw* and found Aboriginal title by applying that test, but it did not change the criteria the Aboriginal group asserting the claim must satisfy to establish Aboriginal title.

[114] The nature of Aboriginal title is that it confers on the title-holding group the exclusive right to decide how the land is used and the right to benefit from those uses, subject to certain inherent limitations (*Tsilhqot’in*, at para. 88). A claimant’s entitlement to s. 35 rights is generally identified by courts on a case-by-case basis. Aboriginal title is *sui generis* and distinguished from other proprietary interests by several features, such as the fact it is held communally. An important distinctive feature of Aboriginal title is that land held by virtue of Aboriginal title may not be alienated. That land can be sold or transferred only to the Crown.

[115] The appellants argue that *Powley* cannot stand for the proposition there are no Métis in New Brunswick. I agree. However, *Powley* sets out a test to determine whether a claimant who self-identifies as a Métis is, or is not, a Métis entitled to claim rights under s. 35. The question as to whether the *Vautour* appellants are holders of s. 35 rights, including any right to an Aboriginal title, is to be answered in accordance with the

analysis and the principles found in *Delgamuukw* and *Powley*. This framework permits a principled reconciliation of Aboriginal rights with the interests of all Canadians.

[116]                 Either the Vautour appellants are Métis for the purpose of s. 35 or they are not. If they are, they may have constitutionally protected rights; otherwise, they are not entitled to rights or benefits reserved for Aboriginal peoples by the *Constitution Act, 1982*.

[117]                 Assessing the claim to Aboriginal title in the Park requires assessing whether there was an Aboriginal community (ancestors of the claimant group), of which Mr. Vautour and those he represents are the descendants, that exclusively occupied that territory to the extent required to establish title at sovereignty. A constitutionally protected Aboriginal title must be rooted in a community that existed pre-sovereignty. Aboriginal rights are possessed today by the descendants of the persons who originally held them, namely, a distinctive historic community.

[118]                 As mentioned, Aboriginal rights fall along a spectrum with, at one end, the right to engage in particular activities and, at the other, the right to Aboriginal title. It is difficult to imagine a situation where a claimant could prove Aboriginal title to land, if that claimant were unable to establish a constitutionally protected right to fish on or from that land.

[119]                 In *R. v. Vautour* (2010), Arseneault A.C.J. determined that Mr. Vautour did not have a constitutionally protected Aboriginal right to fish in the Park because he had failed to establish the presence of a historic Métis community in the area of the Park, a prerequisite under the *Powley* test to be entitled to s. 35 Aboriginal rights. Aboriginal title to land is an Aboriginal right. To allow the Claim in the current action would require the court to make findings inconsistent with those of Arseneault A.C.J. where he explicitly found no such rights existed because no such group existed. Casting doubt over the validity of a criminal conviction is a very serious matter whether that effect is intended or not (see *Toronto (City)*, at para. 54; *Sullivan and the Province of New Brunswick v. Benoit et al.*, 2019 NBCA 49, [2019] N.B.J. No. 172 (QL), at paras. 21-22).

[120] The motion judge concluded that entitlement to the relief claimed by any plaintiff who self-identifies as a Métis would first require there be a distinctive historic Métis community within the claimed area, an issue that has been conclusively determined in the negative. He correctly characterized the question central to the Vautour appellants' Claim: "It does not matter if one alleges, as Mr. Vautour did in his pleadings, that the Métis-Acadian Indigenous title is derived from Mi'kmaq Indigenous title based on the laws, traditions and customs of the Mi'kmaq Indigenous people. Mr. Vautour still has to establish being a Métis under section 35 of the *Constitution Act, 1982*" (para. 42).

[121] The motion judge correctly decided that the foundational question raised in the Claim had already been answered in the criminal proceedings.

[122] The first requirement has been met – the same question has already been decided.

(b) *Second requirement: a final decision*

[123] In *Toronto (City)*, Arbour J. stated, "A decision is final and binding on the parties only when all available reviews have been exhausted or abandoned" (para. 46). Mr. Vautour appealed every decision up to the Supreme Court. These decisions are final and therefore capable of giving rise to an estoppel.

[124] There is no doubt the second requirement has been met.

(c) *Third requirement: same parties or their privies*

[125] The motion judge concluded this requirement was met because he determined the parties to the judicial decisions said to give rise to the estoppel, or their privies, were the same as the parties to the current action, or their privies.

[126] There is no question Mr. Vautour and the Crown are the same parties. The Métis-Acadian Mi'kmaq families that Mr. Vautour purports to represent (although they are not parties) were not part of the previous proceedings. Nevertheless, the motion judge concluded they were privies of Mr. Vautour, as they had the same interest as he does, having previously noted they had not offered any evidence or argument suggesting they had different interests.

[127] The degree of interest that will create privity is somewhat elastic and must be determined on a case-by-case basis (*Danyluk*, para. 60). Before us, the appellants did not seriously deny privity nor challenge that this precondition had been met. I find no error in the motion judge's conclusion.

[128] The motion judge rightly concluded the preconditions for issue estoppel were met.

(4) Application of the governing principles regarding abuse of process

[129] As previously noted, issue estoppel and abuse of process are interrelated, and, in many cases, more than one doctrine may support a particular outcome. In the present case, the motion judge concluded that both doctrines applied, and it would constitute an abuse of process by relitigation if the Claim was allowed to proceed to trial.

[130] The requirements for the application of abuse of process are the same as those for issue estoppel, with one notable exception: the parties seeking to relitigate the issue need not be the same parties as those who originally litigated the issue. As we have just seen, the other two requirements have been met.

[131] The concerns underlying the abuse of process doctrine are present. The Claim is abusive both because: (a) it relitigates the same issues that were before the court in previous court proceedings; and (b) it can be successful only if the court rejects findings made by previous courts. Furthermore, allowing the litigation to proceed would

“violate such principles as judicial economy, consistency, finality and the integrity of the administration of justice” (*Toronto (City)*, at para. 37).

[132] The motion judge rightly concluded the preconditions for abuse of process were met.

D. *Second question – Did the motion judge err by failing to exercise his discretion to permit the appellants to avoid the doctrines of issue estoppel and abuse of process in this particular case?*

[133] The appellants assert that, even if the preconditions were met, the motion judge should nevertheless have refused, at the second stage, to apply the common law doctrines to bar the Claim because the application of either of these doctrines works an injustice in this particular case when taking into account the entirety of the circumstances. There is no doubt that such discretion exists; however, as noted, the discretion is to be exercised less readily when, as in this case, the prior decisions emanate from other court proceedings.

[134] The question at this point is whether the motion judge erred in refusing to exercise his discretion in favour of the appellants. The judge appropriately addressed the issue of his discretion. None of the factors the Supreme Court outlined in *Toronto (City)* that would permit relitigation apply in this case.

[135] As to whether the application of issue estoppel would work an injustice in this case, the motion judge found “no real injustice [...] in not allowing this matter to proceed” (para. 55) and “no evidence or even suggestion of unfairness in the prior proceedings” (para. 56). He also considered the unfairness to the respondents, who would be required to relitigate issues already settled, should he exercise his discretion as requested. This is a relevant factor; the respondents had contested and won all prior proceedings up to the Supreme Court.



[136] Additionally, a litigant is expected to raise all appropriate issues when first called upon to do so. This was not a situation where the stakes in the original proceedings were too minor to give a party an adequate incentive to litigate. In fact, Mr. Vautour robustly litigated all prior proceedings, exhausting, in each case, his rights of appeal up to the Supreme Court. As the motion judge stated:

The stakes at Mr. Vautour’s criminal and civil proceedings in relation with the Kouchibouguac National Park were high and generated a full trial of the issues over a period of 40 years. Mr. Vautour and his counsel’s obligations at bar were to bring all the relevant evidence in support of his claim or risk adverse findings.

To allow him to try to impeach the results of his criminal trial would undermine the credibility of the entire judicial process by diminishing the authority, credibility and finality of the Provincial Court and the three levels of courts above that supported the trial decision.

[paras. 58-59]

[137] Nor was there a “tainted original decision” or the “discovery of new evidence” that could warrant the motion judge declining to apply the common law doctrines.

[138] The Court dealt with the abuse of process doctrine in *Sullivan*, a case bearing certain similarities with the one at bar. In that case, the injured party, Ms. Benoit, sued Ms. Sullivan for her injuries. She sought and obtained summary judgment on the issue of liability. Ms. Sullivan had been criminally convicted for failing to cede the right of way but filed a defence that did not concede this failure. The Court upheld the decision of the motion judge. Concerning the judge’s treatment of the traffic conviction, the Court concluded the motion judge properly found no fresh evidence that conclusively impeached the conviction, and “[i]t would have been a clear abuse of process to allow the appellants to relitigate the issue of whether Ms. Sullivan failed to cede the right of way” (para. 22).

[139] In the recent case of *Landry*, referred to earlier, the Court upheld the application judge’s decision to dismiss an application based on abuse of process. Ms.

Landry was prosecuted in Provincial Court for illegal trout fishing. She did not dispute the fact she had been fishing. She asserted, however, that she was an Aboriginal person within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and therefore entitled to fish for trout because of her Aboriginal rights and because of certain treaties that allowed her to fish. While the prosecution was ongoing, she applied to the Court of Queen's Bench for a declaration that she was the holder of treaty rights. She claimed she was an Aboriginal person who was afforded treaty rights (including fishing rights) by virtue of being a direct descendant of a treaty signatory.

[140] Two similar applications brought before the Federal Court as well as an application for leave to appeal to the Supreme Court were dismissed. Before the Federal Court, the applicants sought recognition as non-status Indians and members of a distinct Mi'kmaq community. In addition, they sought recognition as holders of treaty rights, Aboriginal rights and shared title over the territory of New Brunswick, Nova Scotia, Prince Edward Island and Quebec. The Federal Court (unreported decision in court file T-420-12) found that the allegations, even if they turned out to be founded, in and of themselves were not sufficient to meet the test articulated by the Supreme Court in *Powley* and reiterated by our Court in *Hopper v. R.*, 2008 NBCA 42, 331 N.B.R. (2d) 177, for determining whether an individual is an Aboriginal (Indian) person within the meaning of s. 35 of the *Constitution Act, 1982* and therefore a beneficiary of the rights enshrined therein. It concluded that the members of the Conseil Autochtone de la Côte-Est, of which Ms. Landry was a member, simply did not meet two of the three criteria of the test for membership in a relevant contemporary community: self-identification and community acceptance. This decision, which had been set aside, was restored by the Federal Court of Appeal (see *Landry v. Canada (Procureur général)*, 2014 FCA 197, [2014] F.C.J. No. 938 (QL), and the Supreme Court dismissed an application for leave to appeal (see *Landry v. Canada (Attorney General)*, [2014] S.C.C.A. No. 564 (QL)).

[141] In dismissing the application, the judge concluded Ms. Landry was once again attempting to have the same issue adjudicated, namely her status as a treaty rights beneficiary under s. 35.

[142] In the current action, there is no guarantee relitigation would yield a better result. If a court hearing the action were to make the same findings as the courts in the prior proceedings, the litigation would prove to be a waste of judicial resources and unnecessary expense for the parties. On the other hand, if contrary findings were reached, this inconsistency would “undermine the credibility of the entire judicial process, thereby diminishing its authority, its credibility and its aim of finality” (*Toronto (City)*, at para. 51). The appellants have not shown that relitigation would enhance, rather than impeach, the integrity of the judicial system.

[143] Reframing the arguments through the lens of Mi’kmaq title does not constitute fresh evidence that warrants relitigation.

[144] The foundational question raised by the Claim is settled. It is not an “unsettled, complex and difficult [question] of statutory interpretation whose determination would be facilitated by a consideration of evidence” (*LeBlanc*, para. 35). Rule 23 is well suited for this situation.

[145] As the motion judge concluded, the issues raised in the current action “have been thoroughly litigated and determined in prior civil and criminal proceedings” (para. 7). He also rightly concluded there was no reason to exercise his discretion and allow the matter to proceed despite the conclusion regarding issue estoppel and abuse of process.

E. *Conclusion concerning the decision striking the Claim*

[146] Finality is an important feature of our justice system for the parties involved in any specific litigation, the judicial system and the public in general.

[147] Parties’ respective rights and obligations cannot be revisited and reviewed as circumstances change. Mr. Vautour could have put forward at his criminal trial the same argument he makes today: that is, the idea that he can claim s. 35 rights by advancing his claim to Aboriginal title together with the Augustine appellants under the

protection of the Mi'kmaq Grand Council and Mi'kmaq Nation. This argument, had it been successful, could have been decisive of the results in the criminal proceeding.

[148] I conclude by subscribing to the views expressed in *Hoystead v. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (P.C.), [1925] J.C.J. No. 9 (QL), that parties are expected to bring forward their whole case and should not be allowed, except in special circumstances, to perpetuate the dispute by discovering new grounds for action. As Lord Shaw stated: “If this were permitted litigation would have no end, except where legal ingenuity is exhausted” (para. 28).

[149] It is plain and obvious that a matter that attempts to relitigate that which has been conclusively determined in all levels of court, after a fulsome trial, does not disclose a reasonable cause of action. In my view, the judge prescribed the right disposition when he struck the Claim, converted the companion motions into motions for judgment under Rule 37.10(a) and granted judgment dismissing the Claim.

[150] The decision striking the Claim is not the product of any reversible error.

#### VIII. Disposition

[151] I would dismiss the appeal and order the appellants to pay costs of \$5,000 to New Brunswick. Canada did not seek costs, and accordingly I would not award costs to Canada.

LA JUGE LAVIGNE

I. Introduction

[1] La présente affaire fait appel au principe selon lequel un différend, une fois tranché définitivement, ne doit pas être soumis à nouveau aux tribunaux. Le droit a établi plusieurs principes destinés à prévenir l'abus de la procédure décisionnelle; parmi ces principes il y a la doctrine de common law de la chose jugée (qui englobe à la fois la préclusion pour même question en litige et la préclusion fondée sur la cause d'action) et celle de l'abus de procédure. Ces doctrines, qui sont étroitement liées, exigent l'équilibre judiciaire entre l'irrévocabilité, l'équité, l'efficacité et l'autorité des décisions judiciaires.

[2] Vers la fin des années 1960, ou au début des années 1970, les terres de Jackie Vautour et d'autres personnes ont été expropriées afin de créer le Parc national Kouchibouguac (le Parc). Depuis lors, ces expropriations ont fait couler beaucoup d'encre. Dans une série de poursuites judiciaires auxquelles Jackie Vautour était partie, les tribunaux ont conclu que les expropriations et la création du Parc étaient légales. En outre, un tribunal a conclu que M. Vautour n'avait pas réussi à établir la présence d'une communauté métisse historique dans la région du Parc et, en conséquence, il a rejeté sa revendication d'un droit constitutionnel de se livrer à la pêche pour sa consommation personnelle à l'intérieur du Parc. Dans la présente poursuite, les demandeurs réclament un titre aborigène sur les terres du Parc.

[3] Il s'agit alors de déterminer si la revendication contestée est une tentative de remettre en cause des questions qui ont déjà été tranchées. Si la réponse est affirmative, serait-ce commettre une injustice envers les appelants de mettre fin à la poursuite à ce stade précoce? La justice impose parfois de reprendre le litige : *Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board) c. Figliola*, 2011 CSC 52, [2011] 3 R.C.S. 422, par. 1, la juge Abella. À mon avis, ce n'est pas le cas en l'espèce.

[4] Appel est interjeté de deux décisions rendues par un juge de la Cour du Banc de la Reine. Dans la première décision, publiée à 2020 NBBR 7, [2020] A.N.-B. n° 25 (QL), le juge saisi des motions en récusation a refusé de se récuser après avoir conclu que les allégations de partialité et de crainte de partialité étaient sans fondement. Dans la seconde décision, publiée à 2020 NBBR 38, le juge saisi des motions a rejeté les revendications faites par Jackie Vautour et les personnes qu'il prétend représenter, après avoir déterminé qu'il était évident et manifeste que les demandes n'établissaient pas une cause d'action raisonnable, puisqu'elles étaient précluses pour cause de préclusion pour même question en litige et d'abus de procédure pour remise en cause. Il a rendu un jugement qui rejetait les revendications.

[5] Pour les motifs élaborés ci-après, je rejetterais l'appel à la fois de la décision rendue sur la question de la récusation et de la décision de rejeter les revendications.

## II. La poursuite actuelle

[6] La poursuite actuelle a été intentée en 2017. L'intitulé de cause nomme comme demandeurs « Jackie Vautour, en son propre nom et au nom des familles métisses-acadiennes mi'kmaq énumérées à l'annexe A du territoire traditionnel autochtone de Kouchibouguac (dont la carte figure à l'annexe B), et Stephen Augustine, chef héréditaire mi'kmaq du district de Sigenigteouk, en son propre nom et au nom des peuples mi'kmaq traditionnels de ce district ». Les défendeurs sont Sa Majesté la Reine du chef de la province du Nouveau-Brunswick (Nouveau-Brunswick) et le Procureur général du Canada (Canada).

[7] Les demandeurs sollicitent les mesures réparatoires suivantes, entre autres :

[TRADUCTION]

a) une déclaration portant que les Métis-Acadiens mi'kmaq et le peuple mi'kmaq traditionnel du district de

Sigenigteouk possèdent un titre aborigène existant sur le Parc national Kouchibouguac;

b) une déclaration portant que les terres assujetties à ce titre aborigène et situées dans le Parc national Kouchibouguac ne sont pas des terres de la Couronne au sens de la *Loi sur les parcs nationaux* et que cette loi ne l'emporte pas sur le titre aborigène que possèdent les peuples métis-acadiens et les peuples mi'kmaq;

c) une déclaration portant que les familles métisses-acadiennes et mi'kmaq du district de Sigenigteouk possèdent des droits ancestraux existants de se livrer à des activités de pêche et de chasse traditionnelles à l'intérieur du territoire;

[...]

e) des dommages-intérêts du Canada et de la Province pour toute atteinte injustifiée au titre aborigène des Métis-Acadiens et des Mi'kmaq;

f) des dommages-intérêts du Canada et de la Province pour toute atteinte injustifiée aux droits ancestraux des Métis-Acadiens et des Mi'kmaq;

g) des dommages-intérêts du Canada et de la Province pour toute expropriation injustifiée et illégale des familles énumérées à l'annexe « A » afin de créer un parc national[.]

[8] Chaque défendeur a déposé un exposé de la défense où il a plaidé la doctrine de la chose jugée (préclusion pour même question en litige) et l'abus de procédure à l'encontre de Jackie Vautour et des personnes qu'il prétend représenter. À des fins de concision, tout au long du présent jugement, lorsque je ferai mention de Jackie Vautour et des personnes qu'il prétend représenter, je les appellerai les « appelants Vautour » et lorsque je ferai mention de Stephen Augustine et des personnes qu'il prétend représenter, je les appellerai les « appelants Augustine ».

[9] En 2019, le Nouveau-Brunswick et le Canada ont tous deux déposé un avis de motion dans lequel ils soulevaient une question de droit qui devait être tranchée en application de la règle 23.01(1)a) des *Règles de procédure*, à savoir si toutes les

revendications contenues dans l'exposé de la demande modifié intéressant les appelants Vautour (la demande) étaient précluses par application des doctrines de la chose jugée (préclusion pour même question en litige) et (ou) de l'abus de procédure. Ils sollicitaient également une ordonnance en radiation de la demande pour défaut d'établir une cause d'action raisonnable, sous le régime de la règle 23.01(1)b), et demandaient à la Cour de rendre un jugement sous le régime des règles 37.10 et 22.04(5).

[10] Les motions ne visaient pas les demandes présentées par les appelants Augustine. Le Nouveau-Brunswick et le Canada étaient d'avis que ces demandes devraient être entendues.

[11] Les moyens essentiels soulevés dans les deux motions sont exprimés de la façon suivante par Canada dans son avis de motion :

[TRADUCTION]

1. [...] L'absence d'une communauté historique métisse titulaire de droits au Nouveau-Brunswick en général et à l'intérieur du Parc national Kouchibouguac, en particulier, est une question de droit établi. (*Canada c. Vautour*, 2010 NBCP 39, confirmé à 2015 NBBR 94; autorisation d'appel refusée à 2017 NBCA 21 et autorisation de pourvoi à la CSC refusée à 37681 (8 février 2018)).
2. Il est de droit établi que l'expropriation des terres par la Province du Nouveau-Brunswick et la création du Parc national Kouchibouguac par la Couronne étaient légales (*Canada (Attorney General) c. Vautour* (1980), 26 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 698; confirmé à (1981), 28 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 434, autorisation de pourvoi à la CSC refusée à 32 NR 448 (note); *Vautour c. NB* 62 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142, autorisation de pourvoi à la CSC refusée à 167 A.P.R. 80, 65 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 180n).

[12] Selon les défendeurs, compte tenu de ce droit établi, la demande ne révèle aucune cause d'action raisonnable.



[13] Aucune preuve n'a été déposée ni avant ni pendant l'audition des motions connexes qui a eu lieu le 25 septembre 2019.

[14] Après l'audience, mais avant que la décision ne soit rendue, les appelants ont déposé une motion sollicitant la récusation du juge saisi des motions en soutenant qu'il avait fait preuve de partialité personnelle à leur égard, allégation qui était fondée surtout sur des commentaires que le juge avait faites pendant l'audience. Cette motion a été entendue le 18 décembre 2019. Dans une décision datée du 9 janvier 2020, le juge a conclu que les allégations des appelants ne soulevaient ni une question de partialité ni une crainte raisonnable de partialité; par conséquent, il a rejeté la motion.

[15] Le 12 février 2020, le juge a rendu sa décision concernant les motions connexes. Il a conclu que [TRADUCTION] « la revendication [par les appelants Vautour] du statut d'Autochtone est fondée sur l'existence d'une communauté métisse historique distinctive dans le Parc national Kouchibouguac, laquelle n'existe pas » (par. 61). Il a jugé que les doctrines de l'abus de procédure et de la préclusion pour même question en litige empêchaient l'instruction de la demande et, ainsi qu'on lui demandait de le faire, il a annulé la demande du fait qu'elle n'établissait aucune cause d'action raisonnable et il a accordé le jugement sollicité.

[16] Les appelants ont porté les deux décisions en appel en présentant un seul avis d'appel; par conséquent, les présents motifs portent sur les deux décisions.

### III. Instances antérieures dont M. Vautour était partie

[17] À l'appui de leur argument selon lequel la demande remet en cause des questions déjà tranchées, les intimés renvoient la Cour aux poursuites judiciaires décrites ci-dessous.

#### A. *Les poursuites au civil*

(1) Action intentée en 1979 par le Procureur général du Canada contre M. Vautour et d'autres personnes pour intrusion dans le Parc

[18] En l'espèce, il est allégué, dans l'exposé de la demande modifié que, durant la période de 1969 à 1971, le Nouveau-Brunswick a exproprié les terres de 280 familles métisses d'ascendance acadienne et mi'kmaq et transféré ces terres au Canada pour la création du Parc. Les terres de M. Vautour faisaient partie de cette expropriation.

[19] En 1979, le Procureur général du Canada a intenté une action à M. Vautour et à d'autres personnes pour intrusion dans le Parc. Les défendeurs ont nié que la Couronne était propriétaire du Parc et ont plaidé la possession. En conséquence, la question du caractère approprié de la procédure d'expropriation sur laquelle était fondé le titre de propriété de la Couronne était mise en cause. Le juge Stratton (tel était alors son titre) a déclaré que la Couronne était propriétaire du Parc et a ordonné à M. Vautour ainsi qu'aux autres défendeurs de quitter les lieux : *Attorney General of Canada c. Vautour et al.* (1979), 26 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 698, [1979] A.N.-B. n<sup>o</sup> 189 (QL). Un appel de cette décision interjeté par la suite a été rejeté : *Attorney General of Canada c. Vautour et al.* (1980), 28 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 434, [1979] A.N.-B. n<sup>o</sup> 317 (QL) (C.A.). Le juge d'appel G. Richard (tel était alors son titre), qui a rédigé le jugement au nom de la Cour, a tiré la conclusion suivante : [TRADUCTION] « Tous [les défendeurs] sont, sans équivoque, des intrus » (par. 5). L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été refusée : *Comeau et al. c. Attorney General of Canada* (1981), 32 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 89 n, 32 N.R. 448 n.

(2) Deux actions intentées en 1980 par M. Vautour : l'une contre la Province du Nouveau-Brunswick et l'autre contre le Procureur général du Nouveau-Brunswick

[20] L'action intentée à la Province du Nouveau-Brunswick visait à obtenir des dommages-intérêts pour intrusion alléguée sur certaines terres situées dans le Parc et pour expulsion de ces terres. La Province a demandé une ordonnance en radiation de l'action du demandeur. Elle soutenait que la question de l'intrusion sur les terres et de l'expulsion

de ces terres, soulevée par le demandeur, portait sur la validité de l'expropriation des terres en vue de la création du Parc, question qui avait déjà été tranchée par les tribunaux dans l'action intentée en 1979 et qui constituait donc une chose jugée. Elle soutenait également que l'exposé de la demande ne révélait aucune cause d'action raisonnable, qu'elle était frivole et vexatoire et qu'elle constituait un abus de procédure. Le juge Dickson a rejeté l'action et tiré comme conclusion que [TRADUCTION] « les questions en litige concernant les terres avaient déjà été tranchées » et que la demande était [TRADUCTION] « manifestement vexatoire et évidemment un abus de la procédure judiciaire » : *Vautour c. Province of New Brunswick* (1981), 32 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 509, [1980] A.N.-B. n<sup>o</sup> 283 (QL), par. 36. M. Vautour a interjeté appel de cette décision.

[21] La Cour a rejeté l'appel : *Vautour c. New Brunswick, Province of* (1985), 62 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 142, [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 124 (QL) (C.A.). Le juge d'appel Angers, qui a rédigé le jugement de la Cour, a conclu que le jugement officiel rendu par suite de l'action intentée en 1979 établissait que la Couronne était la propriétaire du bien en cause et, puisque la propriété de ce bien avait été soulevée dans les plaidoiries de la nouvelle action, cette question était chose jugée et M. Vautour était préclus de la remettre en cause. L'autorisation de pourvoi à la Cour suprême a été refusée : *Vautour c. Province of New Brunswick* (1986), 65 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 180 n, 62 N.R. 399 n.

[22] En plus de sa poursuite contre la Province du Nouveau-Brunswick, M. Vautour a intenté, en même temps, une action au Procureur général du Nouveau-Brunswick. Le Procureur général a aussi sollicité une ordonnance annulant la poursuite introduite contre lui. Dans cette poursuite, M. Vautour sollicitait comme mesures réparatoires, entre autres, des déclarations portant que la *Loi sur les parcs nationaux*, S.R.C. 1970, ch. N-13, et la [TRADUCTION] « réputée » expropriation de ses terres en 1970 en vue de la création du Parc étaient invalides. À l'époque, M. Vautour prétendait détenir le [TRADUCTION] « titre documentaire en fief simple » afférent aux terres expropriées. Le juge Dickson a fait remarquer que, dans l'action de 1979, même si M. Vautour contestait le titre de la Couronne, il a choisi de ne pas revendiquer le titre pour lui-même dans sa défense, et il n'a pas remis en question non plus la validité

constitutionnelle de la *Loi sur les parcs nationaux*. Cette poursuite aussi a été rejetée. Le juge Dickson a conclu que les questions en litige avaient déjà été tranchées dans l'action de 1979 et que les demandes étaient [TRADUCTION] « manifestement vexatoires et évidemment un abus de la procédure judiciaire et que la poursuite devrait être annulée à ce stade précoce » : *Vautour c. Attorney-General of New Brunswick* (1980), 31 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 602, [1980] A.N.-B. n<sup>o</sup> 222 (QL), par. 32. M. Vautour a interjeté appel.

[23] L'appel a été rejeté. S'agissant du moyen invoquant la chose jugée, le juge d'appel Angers, de notre Cour, a cité les mêmes motifs qu'il avait énoncés dans sa décision rendue le même jour et visant la Province du Nouveau-Brunswick. Il a ajouté que M. Vautour était [TRADUCTION] « préclus de soulever la question de son titre de propriété ou celle de la validité constitutionnelle de la [*Loi sur les parcs nationaux*] parce qu'il n'a[vait] pas profité de l'occasion qu'il avait de le faire dans l'instance antérieure où les mêmes questions auraient pu constituer des éléments décisifs dans la conclusion de l'instance » : *Vautour c. Attorney General of New Brunswick* (1985), 62 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 162, [1985] A.N.-B. n<sup>o</sup> 122 (QL), par. 10 (C.A.). La Cour suprême a refusé d'autoriser le pourvoi : *Vautour c. Attorney General of New Brunswick* (1986), 65 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 180 n, 62 N.R. 399 n.

B. *La poursuite criminelle intentée en 2010 contre M. Vautour pour s'être livré à la pêche dans le Parc*

[24] Accusés de s'être livrés à une pêche interdite dans le Parc, M. Vautour et son fils Roy ont admis l'*actus reus* des infractions mais ont revendiqué, en tant que Métis, un droit ancestral protégé par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* de pêcher à des fins d'alimentation dans la région du Parc.

[25] Le procès s'est déroulé au cours de plusieurs séances tenues sur une période de quatre ans, où ont été appelés à témoigner des profanes et des experts par le ministère public et par les défendeurs. Les Vautour étaient représentés par un avocat. Le juge saisi des motions, dans l'affaire qui a maintenant été portée en appel, a fait

remarquer que le chef Stephen Augustine (un appelant en l'espèce), [TRADUCTION] « qui se spécialise en ethnologie dans les Maritimes de l'Est », avait [TRADUCTION] « témoigné pendant deux jours » devant le juge du procès et [TRADUCTION] « déposé un rapport d'expert dans lequel il avait reconnu [TRADUCTION] “qu'il n'existait aucune communauté métisse telle celle décrite dans l'affaire *Powley*” » dans la région du Parc (décision radiant la demande, par. 14).

[26] Dans ses motifs, publiés à *R. c. Vautour*, 2010 NBCP 39, [2010] A.N.-B. n° 392 (QL) (*R. c. Vautour* (2010)), le juge en chef adjoint Arseneault (tel était alors son titre), de la Cour provinciale, a fait remarquer que l'affaire ne portait pas uniquement sur la question de savoir si les Vautour étaient d'ascendance mixte acadienne et mi'kmaq; la question clé, a-t-il dit, était celle de savoir si une communauté métisse historique distinctive était apparue en Nouvelle-Écosse et au Nouveau-Brunswick à l'époque où ces provinces étaient effectivement sous le contrôle d'Européens et, dans l'affirmative, si elle s'était perpétuée et si elle possédait des droits qui pourraient être exercés dans la région du Parc (par. 5). Il a affirmé que [TRADUCTION] « [...] les droits ancestraux inscrits dans notre Constitution sont de nature communautaire et doivent être fondés sur l'existence d'une communauté historique et d'une communauté actuelle existante (les Métis en l'occurrence) et ne peuvent être exercés qu'en raison de l'appartenance à la communauté actuelle sur le fondement de ses origines ancestrales » (par. 4).

[27] Le juge en chef adjoint Arseneault a tiré des conclusions de fait, appliqué le critère établi par la Cour suprême dans l'arrêt *R. c. Powley*, 2003 CSC 43, [2003] 2 R.C.S. 207, et déclaré ce qui suit : [TRADUCTION] « Le dossier de la preuve ne me laisse aucun autre choix que de conclure à l'absence d'une communauté métisse historique dans la région du parc national Kouchibouguac au moment pertinent » (par. 79). En conséquence, il a conclu que les Vautour n'avaient pas satisfait au critère de l'arrêt *Powley* et il a rejeté leur revendication du droit protégé par la Constitution de pêcher pour se nourrir dans la région du Parc et il les a déclarés coupables à l'égard de tous les chefs d'accusation.

[28] Les Vautour ont interjeté appel de la décision auprès de la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick, où la juge DeWare, maintenant juge en chef de cette Cour, a confirmé la décision rendue par le juge du procès et conclu que [TRADUCTION] « les appelants [n’avaient] pas établi leur droit de bénéficier des dispositions de l’article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à titre de Métis » : *Vautour c. Sa Majesté la Reine*, 2015 NBBR 94, [2015] A.N.-B. n° 111 (QL), par. 40. Notre Cour a refusé l’autorisation d’appel : *Vautour et autre c. R.*, 2017 NBCA 21, [2017] A.N.-B. n° 96 (QL). Au nom de la Cour, le juge d’appel Richard, maintenant juge en chef du Nouveau-Brunswick, a écrit ce qui suit :

[...] Dans l’arrêt *Powley*, la Cour suprême a reconnu que « [I]es droits ancestraux sont des droits collectifs : ils doivent être fondés sur l’existence d’une communauté historique toujours vivante et ils ne peuvent être exercés que si la personne qui les revendique appartient à la communauté actuelle, sur le fondement de ses origines ancestrales » (par. 24). Il s’agit là d’une composante essentielle des critères de l’arrêt *Powley*. Puisque le juge du procès a conclu, selon la preuve, qu’il n’y avait pas de communauté historique ni actuelle qui soit titulaire de droits, il s’ensuit qu’il ne peut y avoir de revendication de droits métis valide en vertu de l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. [Par. 8]

[29] La Cour suprême a rejeté la demande d’autorisation de pourvoi : *John (Jackie) Vautour et al. c. Sa Majesté la Reine*, [2017] C.S.C.R. n° 282. La demande d’autorisation de pourvoi a été déposée au mois d’août 2017, et la présente action a été introduite en septembre 2017.

#### IV. Moyens d’appel

[30] Dans leur avis d’appel, les appelants ont soulevé les moyens suivants :

- S’agissant de la décision au sujet de la récusation, il est allégué que le juge saisi de la motion :

1. a tiré des conclusions qui n'étaient pas étayées par la preuve et qui étaient arbitraires et non précises;
  2. n'a pas appliqué comme il se devait de le faire le critère en matière de récusation établi dans les arrêts *Committee for Justice and Liberty c. L'Office national de l'énergie*, [1978] 1 R.C.S. 369, et *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23 c. Yukon (Procureure générale)*, 2015 CSC 25, [2015] 2 R.C.S. 282;
  3. a commis des erreurs manifestes et dominantes dans les conclusions qu'il a tirées sur les faits et sur le droit.
- S'agissant de la décision radiant la demande, il est allégué que le juge saisi des motions :
    1. n'a pas tiré des conclusions fondées sur la preuve, et ses conclusions étaient arbitraires et non précises;
    2. n'a pas appliqué comme il se devait de le faire les critères juridiques établis dans les arrêts *Hryniak c. Mauldin*, 2014 CSC 7, [2014] 1 R.C.S. 87, et *LeBlanc c. Boisvert*, 2005 NBCA 115, 294 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 325;
    3. a commis des erreurs manifestes et dominantes dans les conclusions qu'il a tirées sur les faits et le droit.

#### V. Normes de contrôle

[31] Les normes de contrôle établies dans l'arrêt *Housen* s'appliquent : la norme de la décision correcte pour les questions de droit et pour les questions mixtes de droit et de fait, lorsqu'un principe juridique isolable est en cause, et la norme de l'erreur

manifeste et dominante pour les questions de fait : *Housen c. Nikolaisen*, 2002 CSC 33, [2002] 2 R.C.S. 235.

[32] S'agissant d'une motion en radiation de plaidoiries, la norme de contrôle est celle de la décision correcte (voir *Jones c. La procureure générale du Canada, en qualité de représentante de la Gendarmerie royale du Canada, et autre*, 2018 NBCA 86, [2018] A.N.-B. n° 328 (QL), par. 13), tout comme dans le cas d'une motion alléguant la partialité (voir *J.D. Irving, Limited c. Office de commercialisation des produits forestiers du Nord et autres*, 2014 NBCA 42, [2014] A.N.-B. n° 162, par. 25, le juge d'appel Robertson). Par conséquent, c'est la norme de la décision correcte qui s'applique à la décision sur la récusation et à la décision en radiation de la demande.

[33] Cela dit, lorsqu'il se penche sur les doctrines de l'abus de procédure et de la préclusion pour même question en litige, un juge exerce son pouvoir discrétionnaire afin de déterminer si l'application de ces doctrines mènerait à un résultat injuste ou inéquitable. En règle générale, il faut faire preuve de retenue à l'égard de telles décisions discrétionnaires. En conséquence, une cour d'appel ne devrait intervenir que si la décision « est fondée sur une erreur de droit, une erreur dans l'application des principes directeurs ou une erreur manifeste et dominante dans l'appréciation de la preuve [ou] si elle est déraisonnable, c'est-à-dire s'il n'y a rien dans le dossier qui la justifie » (voir *Forsythe c. Furlotte*, 2016 NBCA 6, 447 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 48, par. 17, le juge d'appel Richard (tel était alors son titre), citant les propos tenus par le juge Drapeau, alors juge en chef du Nouveau-Brunswick, dans l'arrêt *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 161, par. 4. Voir aussi l'arrêt *Penner c. Niagara (Commission régionale de services policiers)*, 2013 CSC 19, [2013] 2 R.C.S. 125, par. 27).

## VI. La décision sur la récusation

[34] Les appelants ont demandé au juge affecté à l'audition de la présente affaire de se récuser en prétendant, dans leur avis de motion, qu'il avait [TRADUCTION]



« fait preuve de partialité personnelle à leur égard en raison de commentaires [qu'il avait] faits » et [TRADUCTION] « [qu']une partialité institutionnelle a[vait] été exercée à leur encontre puisque que la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick doit honorer son serment de veiller au respect du droit de la Couronne au détriment des lois, des traditions et des coutumes des peuples autochtones. »

[35] Il est important de mentionner dès le début que le juge saisi de la motion a rejeté l'assertion de partialité institutionnelle en faisant remarquer qu'il s'agissait d'une [TRADUCTION] « allégation sommaire » (par. 35) au sujet de laquelle [TRADUCTION] « aucun élément de preuve n'a[vait] été présenté » (par. 36). Cette partie de la décision sur la récusation n'a pas été spécifiquement contestée ni débattue par les appelants dans leurs observations écrites ou orales. Il n'y a plus rien à dire à ce sujet, sauf que je suis d'accord avec le juge que cette allégation était dénuée de fondement.

[36] Les allégations de cette nature sont graves et ne devraient pas être faites à la légère, puisqu'elles remettent en question non seulement l'intégrité personnelle du juge, mais celle de l'administration de la justice toute entière : *R. c. S. (R.D.)*, [1997] 3 R.C.S. 484, [1997] A.C.S. n° 84 (QL), par. 113.

[37] Je passe maintenant à l'allégation de partialité personnelle.

[38] Les moyens d'appel à ce sujet peuvent être réunis en une seule question. Les commentaires faits par le juge du procès soulèvent-ils une question de partialité ou de crainte raisonnable de partialité? Ma réponse serait non.

A. *L'échange de propos qui a donné lieu à la motion en récusation*

[39] S'agissant d'une allégation de partialité de la part d'un décideur, le critère applicable est celui de déterminer si la conduite particulière soulève une question de partialité ou une crainte raisonnable de partialité. L'échange repris ci-après, qui a eu lieu

entre la Cour et l'avocat représentant les appelants pendant l'audition des motions connexes, est à la base des allégations faites par les appelants.

[TRADUCTION]

M<sup>e</sup> SWINWOOD : [...] Et le fait pour vous, Monsieur le Juge [...], de rendre une décision sur le fondement de ce qui ressort des plaidoiries serait plutôt injuste à défaut d'un dossier de preuve. Comment peut-on dire que – que tout est rejeté dans une affaire qui n'a jamais été plaidée? Sur des principes qui n'ont pas été tranchés? Et je vous dis –

LA COUR : Mais ce le sera, plus tard, avec ce qui sera vraisemblablement –

M<sup>e</sup> SWINWOOD : Quoi –

LA COUR : – pour les peuples autochtones. Et les droits ancestraux seront abordés dans ce contexte.

M<sup>e</sup> SWINWOOD : Bien, c'est exact.

LA COUR : M. Vautour ne semble pas être un Autochtone.

M<sup>e</sup> SWINWOOD : Ne semble pas être un Autochtone?

LA COUR : C'est-à-dire, il n'a pas l'air d'avoir de droits et cela a été déterminé dans – il – il – ne l'est pas.

Qu'il n'y a pas pareille communauté au Nouveau-Brunswick. C'est ce –

M<sup>e</sup> SWINWOOD : Mais ce n'est pas – ce n'est pas l'affaire dont la Cour est saisie.

LA COUR : Bien.

M<sup>e</sup> SWINWOOD : La – mais – ce – n'est pas l'affaire, Monsieur le Juge [...]. Ce n'est pas l'affaire dont la Cour est saisie. La Cour est plutôt saisie de la question que je vous ai lue au paragraphe 6.

LA COUR : Très bien.

M<sup>e</sup> SWINWOOD : Eh bien, il semble que vous ayez pris votre décision sur cette question. Le –

LA COUR : Je vais rédiger ma décision à une date ultérieure, Monsieur. Je n'ai rien décidé pour le moment.

M<sup>e</sup> SWINWOOD : D'accord. Mais, ça avait tout l'air d'être le cas. Eh bien, je dois vous dire, Monsieur le Juge [...], qu'il y a une différence – une énorme différence – entre la décision rendue dans *Canada contre Vautour* et ce dont il est question dans – dans la présente affaire [...] La présente affaire est présentée sous l'égide d'une combinaison – d'une combinaison de règles de la common law et de lois, de traditions et de coutumes du peuple autochtone. Personne n'a examiné les observations faites dans l'arrêt *Tsilhqot'in* sur les lois, les traditions et les coutumes du peuple autochtone. Il y a – il n'y a pas de cause où on a examiné la proposition énoncée au paragraphe 6 de l'exposé de la demande. Le paragraphe 6 contredit *Canada c. Vautour*. Est-ce que vous êtes conscient du fait, Monsieur le Juge [...], que l'arrêt *Tsilhqot'in* a été rendu en 2014? En 2010, l'arrêt *Tsilhqot'in* n'avait pas été rendu. C'est en 2014 que la Cour a conclu à l'existence d'un titre aborigène pour la première fois. Pour la toute première fois. C'est cela qui établit la distinction. Merci, voilà mes observations.

LA COUR : Merci. [...]

B. *Le critère applicable pour conclure à la partialité*

[40] Il y a une composante subjective et une composante objective au critère servant à établir la partialité. Un juge devrait se récuser si : (1) le juge conclut subjectivement qu'il ne pourra de manière impartiale juger l'affaire; ou (2) les circonstances soulèvent une crainte raisonnable de partialité.

[41] Le critère à appliquer dans le cas d'une crainte raisonnable de partialité est accepté, de façon générale, comme celui décrit par le juge de Grandpré, juge dissident dans l'arrêt *Committee for Justice and Liberty* :

[...] « à quelle conclusion en arriverait une personne bien renseignée qui étudierait la question en profondeur, de façon réaliste et pratique. Croirait-elle que, selon toute

vraisemblance, [le décideur], consciemment ou non, ne rendra pas une décision juste? » [P. 394]

Voir aussi *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23*, par. 20, et *Bossé et autres c. Lavigne*, 2015 NBCA 54, 440 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 118, par. 7(7).

[42] Dans l'arrêt *Bossé*, la Cour a résumé les principes régissant le règlement des motions en récusation, principes qui ont été décrits et appliqués de nombreuses fois par la Cour suprême, par notre Cour et par des tribunaux de partout au Canada.

[43] Le critère permettant d'établir la partialité a pour but d'assurer non seulement l'existence, mais aussi l'apparence d'un processus décisionnel juste. Les juges doivent et sont censés aborder toute affaire avec impartialité et ouverture d'esprit :

L'impartialité est « l'état d'esprit de l'arbitre désintéressé eu égard au résultat et susceptible d'être persuadé par la preuve et les arguments soumis », alors que la partialité « dénote un état d'esprit prédisposé de quelque manière à un certain résultat ou fermé sur certaines questions » : *S. (R.D.)*, aux par. 104 et 105[.] [*Bossé*, par. 7(1)]

[44] Les éléments du critère objectif sont les suivants :

[...] (1) la personne qui examine l'allégation de partialité doit être une personne raisonnable, pas une personne de nature scrupuleuse ou tatillonne, mais plutôt une personne sensée; (2) il doit s'agir d'une personne bien renseignée, au courant de l'ensemble des circonstances pertinentes; (3) la crainte de partialité doit elle-même être raisonnable eu égard aux circonstances de l'affaire; (4) la situation doit être examinée en profondeur, pas seulement d'une façon superficielle, et l'examen doit être fait de façon réaliste et pratique; (5) l'analyse commence par une forte présomption d'impartialité judiciaire et vise à déterminer si celle-ci a été réfutée à telle enseigne que la crainte que le juge ne rende pas une décision juste sur le fond est une réelle probabilité[.] [*Bossé*, par. 7(8)]

[Souligné dans l'original]

[45] Quoique l'obligation de faire preuve d'impartialité judiciaire soit rigoureuse, il incombe à la partie qui allègue la partialité d'en faire la preuve et le seuil de preuve est élevé parce que l'intégrité de l'administration de la justice suppose que le rôle judiciaire est exercé de manière équitable, impartiale et intègre. Une telle présomption n'est pas facilement réfutable :

Les motifs qui sous-tendent la crainte raisonnable de partialité doivent être substantiels et la preuve qui l'établit doit être solide; le critère applicable est rigoureux et la charge d'établir la partialité incombe à celui qui formule l'allégation de partialité; « [l]es motifs qui sous-tendent la crainte de partialité doivent être d'une gravité telle qu'ils réfutent la forte présomption que le ou la juge respectera son serment d'office et "[tranchera] le litige équitablement à la lumière de ses circonstances propres" » : *Gaudet*, au par. 5, citant un passage de *United States c. Morgan*, 313 U.S. 409 (1941), à la p. 421, que la Cour a cité, en marquant son approbation, dans l'arrêt *S. (R.D.)*; ou, autrement dit, « [p]uisqu'il y a une forte présomption d'impartialité judiciaire qui n'est pas facilement réfutable [...], le critère servant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité exige une "réelle probabilité de partialité" » : *Commission scolaire francophone du Yukon*, au par. 25. [Bossé, par. 7(10)]

### C. *Application des principes directeurs*

[46] L'échange reproduit ci-dessus était la seule intervention du juge saisi des motions durant les observations faites par M<sup>e</sup> Michael Swinwood, avocat des appelants, qui ont duré environ une heure, et cet échange a eu lieu durant les derniers moments de l'audience.

[47] Les appelants s'opposent spécifiquement aux commentaires suivants de la cour : [TRADUCTION] « M. Vautour ne semble pas être un Autochtone » et [TRADUCTION] « il n'a pas l'air d'avoir de droits et cela a été déterminé dans – il – il – ne l'est pas. Qu'il n'y a pas pareille communauté au Nouveau-Brunswick. » Ils font valoir que ces commentaires montrent que l'affaire avait déjà été décidée. Dans leurs

observations écrites, ils soutiennent que les commentaires du juge saisi des motions [TRADUCTION] « étaient des déclarations » (p. 10) et [TRADUCTION] « démontraient une insensibilité à l'égard d'un Autochtone en suggérant littéralement qu'il n'était pas un Autochtone et qu'il n'avait aucun droit, en plus de démontrer un profond manque de compréhension concernant l'affaire dont la Cour était saisie » (p. 6), et ils soutiennent également que le juge [TRADUCTION] « tirait des conclusions en se fondant sur le dossier [*R. c. Vautour* (2010)] et non pas sur le dossier qui lui avait été présenté » (p. 10). Il ne fait aucun doute que le juge faisait référence à la poursuite criminelle. Toutefois, je ne suis pas d'avis que ses commentaires indiquent qu'il avait déjà tiré des conclusions. Ses commentaires indiquent plutôt qu'il tentait d'exprimer en quelques mots ce qui constituait, d'après lui, la conclusion dans l'affaire précédente.

[48] Ainsi que la Cour l'a fait remarquer dans l'arrêt *Bossé*, en citant *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23*, l'analyse visant à déterminer s'il existe une crainte raisonnable de partialité est « intrinsèquement contextuelle » et « dépend énormément des faits propres à chaque affaire » (par. 7(3)). Les commentaires doivent être interprétés non pas isolément, mais plutôt compte tenu du contexte de l'audience, ce qui, en l'espèce, est révélateur.

[49] L'audience portait sur une demande d'annulation des revendications faites par les appelants Vautour, laquelle était fondée sur le fait qu'une instance antérieure à laquelle M. Vautour était partie avait examiné en profondeur et réglé les questions soulevées dans l'action en cours. Le Canada et le Nouveau-Brunswick ont conclu leurs arguments servant à établir leur thèse en se fondant presque entièrement sur les conclusions tirées dans l'affaire *R. c. Vautour* (2010).

[50] Dans cette affaire, la Cour provinciale a conclu que M. Vautour et son fils n'avaient [TRADUCTION] « pas établi la présence d'une communauté métisse historique dans la région de Kouchibouguac, un préalable selon le critère de l'arrêt *Powley* »; en conséquence, [TRADUCTION] « [leur] revendication [...] du droit protégé par la Constitution de pêcher pour se nourrir dans la région du parc national

Kouchibouguac » a été rejetée (par. 86). La Cour du Banc de la Reine a rejeté l'appel et elle a conclu que les Vautour [TRADUCTION] « [n'avaient] pas établi leur droit de se prévaloir de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* à titre de Métis » (par. 40). Notre Cour a refusé l'autorisation d'appel en affirmant ce qui suit : « Puisque le juge du procès a conclu, selon la preuve, qu'il n'y avait pas de communauté historique ni actuelle qui soit titulaire de droits, il s'ensuit qu'il ne peut y avoir de revendication de droits métis valide en vertu de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* » (par. 8).

[51] Si l'on renvoie aux commentaires tenus par le juge saisi des motions, il est évident qu'il faisait référence aux conclusions citées au paragraphe précédent lorsqu'il a dit : [TRADUCTION] « M. Vautour ne semble pas être un Autochtone » et [TRADUCTION] « il n'a pas l'air d'avoir de droits et cela a été déterminé dans – il – il – ne l'est pas. Qu'il n'y a pas pareille communauté au Nouveau-Brunswick. » Il ne tirait pas des conclusions au sujet de l'affaire dont il était saisi. Ces commentaires n'indiquent pas que le juge avait tranché à l'avance la question dont il était saisi ou qu'il avait un état d'esprit prédisposé à un certain résultat.

[52] Compte tenu du contexte dans lequel les commentaires du juge saisi de la motion ont été faits, ils ne visaient pas l'identité personnelle de M. Vautour, mais plutôt des conclusions judiciaires antérieures. Il est clair que le juge voulait dire que, sur le fondement des conclusions tirées dans la poursuite criminelle, M. Vautour ne semblait pas être membre des « peuples autochtones du Canada » ayant des « droits [...] ancestraux » reconnus et confirmés par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, puisque dans l'affaire *R. c. Vautour* (2010) la Cour avait conclu qu'il n'existait aucune communauté métisse historique ayant des droits au Nouveau-Brunswick et que sans pareille communauté, M. Vautour n'avait aucune revendication valide à titre d'Autochtone concernant des droits protégés par l'art. 35.

[53] Les appelants ont soutenu que la question fondamentale dans la présente affaire n'avait pas été décidée dans les instances antérieures. Dans ses motifs, le juge saisi de la motion a fait remarquer qu'il [TRADUCTION] « [résumait] l'argumentation des

défendeurs et [accordait] à l'avocat des demandeurs une occasion de répondre » (par. 32). Durant l'échange, le juge a fait savoir qu'il n'avait pas pris de décision. Les commentaires du juge fournissaient à M<sup>e</sup> Swinwood l'occasion de répondre aux préoccupations de la cour. Comme il est évident dans l'échange, l'avocat a répondu en affirmant que les questions soulevées par les appelants dans la demande n'étaient pas les mêmes que celles qui avaient été tranchées dans le passé, en faisant valoir que l'affaire dont la Cour était maintenant saisie était énoncée au par. 6 de l'exposé de la demande et qu'il y avait [TRADUCTION] « une différence – une énorme différence – entre la décision rendue dans [*R. c. Vautour* (2010)] et ce dont il [était] question dans – dans la présente affaire. »

[54] Même si les juges ont l'obligation de demeurer impartiaux, ils ne sont pas tenus de demeurer silencieux. Il est approprié pour les juges de discuter avec les avocats et de faire des observations visant à encourager les avocats à préciser leurs arguments juridiques ou la thèse de leur client sur une question donnée. En effet, il est souvent dans l'intérêt de la justice que les juges interviennent dans un débat entre parties adverses. Ainsi que l'a fait remarquer le juge Lamer (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Brouillard Dit Chatel c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 39, [1985] A.C.S. n<sup>o</sup> 3 (QL) :

D'abord, il est clair que l'on n'exige plus du juge la passivité d'antan; d'être ce que, moi, j'appelle un juge sphinx. Non seulement acceptons-nous aujourd'hui que le juge intervienne dans le débat adversaire, mais croyons-nous aussi qu'il est parfois essentiel qu'il le fasse pour que justice soit effectivement rendue. Ainsi un juge peut et, parfois, doit poser des questions aux témoins, les interrompre dans leur témoignage, et au besoin les rappeler à l'ordre. [P. 44]

Voir aussi *Commission scolaire francophone du Yukon, district scolaire # 23*, par. 27.

[55] À mon avis, les observations ci-dessus s'appliquent également, sinon davantage, au fait de poser des questions à l'avocat ou de l'interrompre. Bien souvent, il est plus juste envers une partie de poser une question à l'avocat sur un sujet qui



préoccupe la cour plutôt que de rendre un jugement sans donner à l'avocat l'occasion de faire des observations sur le sujet inquiétant.

Autres questions

[56] Avant de tirer une conclusion sur cette partie de l'affaire et de passer à la décision radiant la demande, je prends un moment pour faire de brèves observations sur deux autres questions.

[57] La première question porte sur l'affidavit que les appelants ont déposé à l'appui de leur motion, en plus de l'échange reproduit ci-dessus. Le déposant a affirmé qu'il était un demandeur et présent à l'audition des motions avec une centaine d'autres personnes présentes, des demandeurs aussi pour la majorité, et que la plupart des personnes présentes étaient visiblement bouleversées par l'échange. Il a ajouté qu'il était évident que le juge [TRADUCTION] « disait qu'il doutait que M. Vautour soit Autochtone et que M. Vautour n'avait aucun droit ancestral. » Il a affirmé également que, compte tenu de cet échange, une personne raisonnable serait arrivée à la conclusion que les demandeurs [TRADUCTION] « [étaient] traités injustement et sans application d'un processus décisionnel impartial [et équitable]. » Les appelants soutiennent que le juge n'a pas apprécié à juste titre cet affidavit afin de déterminer s'il existait une crainte raisonnable de partialité.

[58] Quoique la cour ait jugé à bon droit que cet affidavit était insuffisant pour satisfaire au critère objectif de crainte raisonnable de partialité, l'affidavit, selon moi, n'est pas pertinent. L'élément objectif du critère de la crainte raisonnable de partialité doit être établi objectivement par la cour, qui doit se demander si une personne raisonnable et bien informée conclurait à l'existence d'une partialité après avoir examiné la situation en profondeur et de façon réaliste et pratique. Ce critère ne doit pas être axé sur les impressions, les perceptions ou les opinions de personnes présentes dans la salle d'audience – dont la majorité en l'espèce étaient nommées comme demandeurs dans l'affaire. La personne raisonnable à laquelle fait référence le critère est une personne

hypothétique, fictive sur le plan juridique, qui sert à la cour de modèle pour évaluer l'existence d'une crainte de partialité.

[59] L'autre question porte sur l'affirmation des appelants voulant que le juge saisi des motions ait soulevé également une crainte raisonnable de partialité en commettant des erreurs manifestes et dominantes dans l'évaluation de la preuve et dans ses conclusions de droit. Ces erreurs alléguées seront examinées dans le contexte de l'appel concernant la radiation de la demande et elles ne sont pas pertinentes pour la question de la partialité. Si erreurs il y a, rien n'indique qu'elles n'ont pas été commises de bonne foi.

D. *Conclusion sur la décision en matière de récusation*

[60] Quoique les appelants aient prétendu, dans leurs moyens d'appel, que le juge saisi de la motion n'avait pas appliqué à bon droit le critère en matière de récusation, ils n'ont soulevé aucun argument juridique quant à la manière dont il aurait commis une erreur et je conclus que cet argument est sans fondement.

[61] Dans ses motifs, le juge saisi de la motion s'est penché sur la jurisprudence pertinente émanant de la Cour suprême et a indiqué que les principes directeurs avaient été résumés par notre Cour dans l'arrêt *Bossé*. Il ne fait aucun doute qu'il s'est penché sur le critère juridique approprié. Après avoir appliqué les principes appropriés, le juge saisi de la motion a refusé de se récuser. Il a conclu qu'il n'y avait aucun motif subjectif l'obligeant à se récuser et, après examen de l'élément objectif du critère, il a conclu que l'existence d'une partialité réelle ou d'une crainte raisonnable de partialité n'avait pas été établie.

[62] Aucune preuve forte n'a été présentée qui aurait franchi le seuil élevé nécessaire pour réfuter la présomption d'impartialité. La personne raisonnable, informée et objective, dans le contexte général de la procédure entière, n'aurait pas estimé que les commentaires du juge indiquaient qu'il jugeait d'avance la cause des appelants et n'aurait

pas conclu non plus, dans les circonstances, qu'il existait une crainte de partialité, encore moins une crainte raisonnable de partialité.

[63] Le juge saisi de la motion a effectué une analyse approfondie. Il s'est posé les questions appropriées et a fourni des motifs écrits concis et complets sur les raisons pour lesquelles il refusait de se récuser. Je conclus que l'analyse effectuée par le juge ne révèle aucune erreur et je souscris à la conclusion qu'il a tirée.

## VII. La décision en radiation de la demande

[64] D'emblée, je rejetterais toute notion voulant que le juge saisi des motions ait tranché celles-ci en appliquant la règle 22 au lieu de la règle 23.

### A. *Règles 23 et 37*

[65] Comme second moyen d'appel de la décision en radiation de leur demande, les appelants prétendent que le juge saisi des motions n'a pas appliqué de manière appropriée les critères juridiques établis dans les arrêts *Hryniak* et *LeBlanc*. L'arrêt *LeBlanc* pourrait être pertinent parce que, dans cette affaire, la Cour a dit : « La règle 23.01(1)a est une disposition inadaptée à la décision de questions d'interprétation législative irrésolues, complexes et difficiles, dont la solution serait facilitée par l'examen de preuve » (par. 35, le juge Drapeau, alors juge en chef du Nouveau-Brunswick). Toutefois, l'arrêt *Hryniak* porte sur une affaire de jugement sommaire qui, au Nouveau-Brunswick, est régie par la règle 22. En l'espèce, les intimés ont sollicité des mesures réparatoires en invoquant la règle 23 et non la règle 22. À des fins de commodité, les parties pertinentes des *Règles de procédure* sont reproduites ci-après :

#### **23.01 Where Available**

(1) The plaintiff or a defendant may, at any time before the action is set down for trial, apply to the court

#### **23.01 Applicabilité**

(1) Le demandeur ou le défendeur peut, avant la mise au rôle de l'action, demander à la cour

(a) for the determination prior to trial, of any question of law raised by a pleading in the action where the determination of that question may dispose of the action, shorten the trial, or result in a substantial saving of costs,

(b) to strike out a pleading which does not disclose a reasonable cause of action or defence, or  
[...]

a) que toute question de droit soulevée par une plaidoirie dans l'action en cours soit tranchée avant le procès, si la solution de cette question peut régler le litige, abrégier le procès ou réduire considérablement les frais,

b) qu'une plaidoirie qui ne révèle aucune cause d'action ni de défense raisonnable soit radiée ou  
[...]

### 37.10 Disposition of Motion

On the hearing of a motion, the court may allow or dismiss the motion or adjourn the hearing, with or without terms; or, in the alternative or in addition, may direct

(a) in a proper case, that the motion be converted into a motion for judgment,  
[...]

### 37.10 Décision

À l'audition d'une motion, la cour peut accorder celle-ci, la rejeter ou ajourner l'audience avec ou sans conditions. La cour peut prescrire en outre ou dans l'alternative

a) que la motion soit transformée en une motion pour jugement, s'il y a lieu,  
[...]

[66] Comme l'a affirmé notre Cour tout dernièrement dans l'arrêt *Gillis c. City of Bathurst et City of Fredericton*, 2020 NBCA 16, [2019] A.N.-B. n° 401 (QL), « [u]ne ordonnance transformant une motion visant l'obtention d'un redressement prévue par les règles 23.01(1)a) et b) en une motion pour jugement prévue par la règle 37.10a) ne donne pas lieu à l'application de la règle 22 » (par. 39). Même s'il a renvoyé une seule fois à l'arrêt *Hryniak* et rendu un « jugement sommaire », le juge saisi des motions a, à bon droit, tranché les motions connexes sur le fondement du critère établi dans l'arrêt *Hunt c. Carey Canada Inc.*, [1990] 2 R.C.S. 959, [1990] A.C.S. n° 93 (QL), à savoir le critère de ce qui est « évident et manifeste ».

[67] Malgré ce moyen d'appel, les appelants n'ont pas fait valoir devant nous que la décision du juge saisi des motions devrait être infirmée parce qu'elle était fondée sur la règle 22. Cet argument aurait été dénué de fondement. Pour reprendre les propos du

juge d'appel Drapeau dans l'arrêt *Gillis*, je « conclus sans hésitation que [le juge saisi des motions] a utilisé le terme “jugement sommaire” comme moyen de décrire en termes clairs ce qu'on lui demandait d'accorder et ce qu'il a choisi d'accorder, à savoir un jugement fondé sur les plaidoiries et le droit applicable conformément à la règle 37.10a) » (par. 41).

B. *La véritable nature du présent appel*

[68] Même si la question ultime à trancher dans le présent appel est celle de savoir si le juge saisi des motions a commis une erreur en radiant la demande et en accordant le jugement sollicité, l'appel de cette décision, tel qu'il a été débattu, tourne essentiellement autour de la réponse qui sera donnée aux deux questions suivantes :

- Premièrement – Les conditions préalables à l'application des doctrines de common law de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure ont-elles été remplies?
- Deuxièmement – Dans l'affirmative, le juge saisi des motions a-t-il commis une erreur en omettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre aux appelants de se soustraire à l'application des doctrines de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure en l'espèce?

[69] Je répondrais oui à la première question et non à la seconde.

C. *Première question – Les conditions préalables à l'application des doctrines de common law de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure ont-elles été remplies?*

[70] Tout d'abord, j'examinerai brièvement la jurisprudence ayant trait à la préclusion pour même question en litige et à l'abus de procédure et j'appliquerai cette jurisprudence aux faits de la présente affaire afin de déterminer s'il a été satisfait aux

exigences. Ensuite, dans la prochaine section, je me pencherai sur la seconde question, à savoir celle concernant l'exercice par le juge saisi des motions de son pouvoir discrétionnaire.

[71] Les raisons de principe qui sous-tendent la préclusion pour même question en litige sont les principales raisons de principe sous-tendant l'abus de procédure pour remise en cause, à savoir [TRADUCTION] « qu'un litige puisse avoir une fin et que personne ne puisse être tracassé deux fois par la même cause d'action » : *Toronto (Ville) c. S.C.F.P., section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, par. 38. Tout comme je l'affirmerai par rapport à la seconde question, même si les exigences relatives à ces doctrines sont remplies, la cour possède un pouvoir discrétionnaire résiduel de ne pas les appliquer si leur application mènerait à un résultat injuste ou inéquitable.

[72] La façon traditionnelle d'aborder le processus décisionnel favorise le règlement de toutes les questions en même temps; on s'attend à ce que les parties à l'instance soulèvent toutes les questions appropriées et à ce qu'elles ne puissent bénéficier d'occasions multiples d'obtenir un jugement favorable. Dans l'arrêt *Danyluk c. Ainsworth Technologies Inc.*, 2001 CSC 44, [2001] 2 R.C.S. 460, le juge Binnie, qui a rédigé le jugement au nom de la Cour suprême, a insisté sur l'importance d'assurer le caractère définitif des instances : « [...] le droit exige des parties qu'elles mettent tout en œuvre pour établir la véracité de leurs allégations dès la première occasion qui leur est donnée de le faire. [...] un plaideur n'a droit qu'à une seule tentative » (par. 18).

(1) Préclusion pour même question en litige

[73] La préclusion pour même question en litige est une branche de la doctrine de la chose jugée. En règle générale, elle empêche une partie de remettre en cause des questions tranchées lors d'une procédure judiciaire antérieure lorsque les trois conditions suivantes sont remplies : (1) la même question a été décidée; (2) la décision judiciaire invoquée comme créant la préclusion est définitive; et (3) les parties dans la décision judiciaire invoquée, ou leurs ayants droit, sont les mêmes que les parties engagées dans

l'affaire où la préclusion est soulevée, ou leurs ayants droit (*Danyluk*, par. 25; *Toronto (Ville)*, par. 23; *Penner*, par. 29).

[74] Lorsque ces trois conditions sont remplies, la cour conserve tout de même le pouvoir discrétionnaire de ne pas appliquer la doctrine si son application « dans l'affaire dont elle est saisie [...] entraînerait une injustice » (*Danyluk*, par. 80; *Penner*, par. 30).

[75] Selon la jurisprudence, le pouvoir discrétionnaire se limite aux circonstances spéciales ou exceptionnelles et est plus limité lorsque la décision antérieure émane d'un tribunal judiciaire plutôt que d'un tribunal administratif (voir *Danyluk*, par. 62; *Section locale 1188 du SCFP et LeBlanc c. Ville de Sackville*, 2007 NBCA 18, 313 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 147, par. 33; *Minott c. O'Shanter Development Co.*, [1999] O.J. No. 5 (QL) (C.A.), par. 51).

[76] Il n'existe pas de liste définitive de facteurs servant à déterminer si, dans une instance particulière, il est juste d'appliquer la préclusion pour même question en litige. Il va sans dire que l'exercice du pouvoir discrétionnaire dépend du cas et dépend aussi de l'ensemble des circonstances. La Cour suprême a affirmé que l'iniquité justifiant l'exercice du pouvoir discrétionnaire peut découler du caractère inéquitable de la procédure antérieure ou de l'iniquité du résultat de cette procédure, ou encore des deux, par exemple, lorsque les objets, la procédure ou les enjeux des deux instances diffèrent grandement (*Penner*, par. 38 à 42). Comme le juge Binnie l'a fait remarquer dans l'arrêt *Danyluk*, « [l']objectif est de faire en sorte que l'application de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée favorise l'administration ordonnée de la justice, mais pas au prix d'une injustice concrète dans une affaire donnée » (par. 67).

(2) Abus de procédure

[77] La remise en cause de questions qui ont déjà été tranchées par les tribunaux judiciaires dans une instance antérieure peut aussi donner lieu à un abus de

procédure. Notre Cour a eu dernièrement l'occasion de se pencher sur la doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause dans l'affaire *Landry c. Procureure générale du Nouveau-Brunswick*, 2020 NBCA 38, [2020] A.N.-B. n° 113 (QL) :

La doctrine de l'abus de procédure pour remise en cause a été énoncée par la Cour suprême dans l'arrêt *Toronto (Ville) c. Syndicat canadien de la fonction publique (S.C.F.P.), section locale 79*, 2003 CSC 63, [2003] 3 R.C.S. 77, et appliquée par le juge d'appel Richard (tel était alors son titre) dans l'affaire *Forsythe c. Furlotte*, 2016 NBCA 6, 447 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 48. La doctrine s'applique dans des contextes juridiques divers, découle du pouvoir discrétionnaire inhérent du tribunal d'empêcher les abus de procédure qui auraient pour effet de discréditer l'administration de la justice et vise essentiellement à préserver l'intégrité du système judiciaire. Il s'agit d'une doctrine souple qui ne s'encombre pas d'exigences particulières de la common law comme la préclusion découlant d'une question déjà tranchée. Comme le faisait remarquer la juge Arbour, dans *Toronto (Ville)*, au nom d'une Cour suprême unanime sur ce point :

[...] les tribunaux canadiens ont appliqué la doctrine de l'abus de procédure pour empêcher la réouverture de litiges dans des circonstances où les exigences strictes de la préclusion découlant d'une question déjà tranchée (généralement les exigences de lien de droit et de réciprocité) n'étaient pas remplies, mais où la réouverture aurait néanmoins porté atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice. [...]  
[par. 37]

[Par. 24]

[78] À proprement parler, la doctrine de l'abus de procédure n'exige pas que les parties à l'instance en cours soient les mêmes que celles qui ont débattu les questions qui auraient été tranchées dans l'instance antérieure.

[79] S'agissant de la doctrine de l'abus de procédure, la préoccupation principale n'est pas tellement l'identité ou l'intérêt des parties, ou encore la « perception d'injustice envers une partie qui serait de nouveau appelée à faire la preuve de ses



prétentions » – ce que veut empêcher principalement la préclusion pour même question en litige – mais surtout « l’intégrité du processus décisionnel judiciaire » (*Toronto (Ville)*, par. 43).

[80] Le besoin de protéger l’intégrité du processus décisionnel judiciaire commande d’interdire la remise en cause (*Toronto (Ville)*, par. 43). Si la remise en cause mène au même résultat, il s’ensuit un gaspillage des ressources judiciaires ainsi que des dépenses inutiles pour les parties et, si elle mène à un résultat différent, l’incohérence « ébranlera la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblira ainsi l’autorité, la crédibilité et la vocation à l’irrévocabilité » (*Toronto (Ville)*, par. 51). Qui plus est, on ne peut présumer que la remise en cause aboutira à un résultat plus approprié que celui obtenu dans l’instance originale.

[81] Il faudrait éviter la remise en cause à moins que les circonstances indiquent qu’elle peut servir l’intégrité du système judiciaire plutôt que lui porter préjudice. Elle peut s’avérer appropriée dans les circonstances suivantes : « (1) lorsque la première instance est entachée de fraude ou de malhonnêteté, (2) lorsque de nouveaux éléments de preuve, qui n’avaient pu être présentés auparavant, jettent de façon probante un doute sur le résultat initial, (3) lorsque l’équité exige que le résultat initial n’ait pas force obligatoire dans le nouveau contexte » (*Toronto (Ville)*, par. 52).

[82] En outre, comme la juge Arbour l’a souligné dans l’arrêt *Toronto (Ville)*, « [I]es facteurs discrétionnaires qui visent à empêcher que la préclusion découlant d’une question déjà tranchée ne produise des effets injustes jouent également en matière d’abus de procédure pour éviter de pareils résultats indésirables » (par. 53). Cela s’appliquerait, par exemple, si les enjeux dans l’instance initiale étaient si peu importants qu’ils ne donneraient pas à une partie une motivation suffisante pour mettre en cause.

(3) Application des principes directeurs de la préclusion pour même question en litige

[83] La première étape de l'analyse consiste à déterminer si les conditions préalables à l'application de la préclusion pour même question en litige ont été établies. La plus grande partie de l'audience tenue devant nous a été consacrée à la première exigence – celle de savoir si nous étions saisis de la « même question ». En conséquence, les présents motifs portent surtout sur cette exigence ainsi que sur le pouvoir discrétionnaire résiduel du juge de refuser d'appliquer la doctrine. Ces deux facteurs sont pertinents tant pour la préclusion pour même question en litige que pour l'abus de procédure.

a) *Première condition : la même question a été tranchée*

[84] Bref, la question à trancher est celle de savoir si les appelants remettent en cause des questions qui ont déjà été réglées. La préclusion pour même question en litige empêche de remettre en cause des questions ou des points soulevés dans la cause d'action de la procédure initiale. Dans l'arrêt *Danyluk*, le juge Binnie a expliqué le sens de la notion de « question » : « La question qui est censée donner naissance à la préclusion doit avoir été “fondamentale à la décision à laquelle on est arrivé” dans l'affaire antérieure. [...] la préclusion vise les faits substantiels, les conclusions de droit ou les conclusions mixtes de fait et de droit (« les questions ») à l'égard desquels on a nécessairement statué (même si on ne l'a pas fait de façon explicite) dans le cadre de l'instance antérieure » (par. 24).

[85] L'instance antérieure au civil a déterminé la légalité de l'expropriation des terres par la Province du Nouveau-Brunswick et la création du Parc par la Couronne. L'instance au criminel a tranché la question de savoir s'il existait une communauté métisse historique ayant des droits au Nouveau-Brunswick en général et dans la région du Parc en particulier à l'époque pertinente et, par conséquent, celle de savoir si M. Vautour pouvait avoir le droit protégé par la Constitution de pêcher à des fins d'alimentation dans la région du Parc.

[86] Le juge saisi des motions a déterminé que la demande était axée sur la question de savoir s'il existait une communauté métisse historique ayant des droits dans le Parc. Je souscris à la conclusion qu'il a tirée, pour les motifs élaborés ci-après.

[87] Au cours de l'audience, la Cour a demandé à l'avocat des appelants si la poursuite actuelle était une contestation incidente des conclusions tirées par le juge en chef adjoint Arseneault dans la procédure criminelle. Il a informé la Cour qu'il [TRADUCTION] « n'affirmait absolument pas que cette décision était erronée. »

[88] Le principal argument des appelants portait que le juge saisi des motions avait mal caractérisé ou mal compris la cause qui lui avait été présentée et que cette mauvaise caractérisation l'avait amené à rendre une décision mal fondée puisqu'elle constituait le noyau de la conclusion du juge voulant que la question dont il était saisi ait déjà été tranchée. Cela constitue, selon les appelants, une erreur manifeste et dominante. Ils soulignent plus particulièrement deux paragraphes des motifs du juge, où il dit que les appelants Vautour [TRADUCTION] « sollicitent un jugement déclaratoire et une réparation monétaire en vertu de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, en leur qualité de Métis » (par. 5) et qu'ils [TRADUCTION] « prétendent détenir des droits et un titre métis par rapport au Parc » (par. 8).

[89] En l'espèce, les appelants affirment que les appelants Vautour ne réclament pas [TRADUCTION] « des droits et un titre métis » à l'égard du Parc [TRADUCTION] « en leur qualité de Métis » en vertu de l'art. 35. En conséquence, prétendent-ils, leur demande n'est pas fondée sur l'existence d'une communauté métisse historique distincte ayant des droits dans la région du Parc, parce qu'elle est fondée sur un titre aborigène mi'kmaq et sur les lois, traditions, pratiques et coutumes de la Nation mi'kmaq.

[90] Ils soutiennent que le paragraphe 6 de leur exposé de la demande modifié résume en quoi consiste la poursuite actuelle et indique que leur demande n'a jamais été tranchée. Voici le par. 6 :

[TRADUCTION]

Les demandeurs affirment que, selon la perspective des Mi'kmaq, les peuples métis-acadiens et les peuples mi'kmaq sont des peuples autochtones de culture distincte qui forment une seule grande famille liée par le sang, la terre et la mer sur le territoire appelé M'ikma'ki (territoire des parents), spécifiquement en ce qui a trait au Parc national Kouchibouguac. Les Métis-Acadiens mi'kmaq sont un peuple métis qui tombe sous l'égide du Grand Conseil Mi'kmaq ou du Sante Mawiomi. Le Sante Mawiomi réunit les droits de souveraineté, les lois, le gouvernement, les territoires et les autres droits de la Nation mi'kmaq. Malgré le traumatisme causé par la colonisation et les politiques d'un gouvernement patriarcal, les enseignements que nous ont fournis les ancêtres par l'entremise de nos traditions orales, de nos coutumes et nos pratiques continuent de guider le Grand Conseil et la lignée métisse-acadienne.

[91]                   Appelé à fournir une explication de la thèse des appelants en termes simples, l'avocat a répondu que, dans la présente affaire, la question du titre aborigène est soulevée par les familles métisses-acadiennes mi'kmaq et les peuples mi'kmaq traditionnels du district de Sigenigteouk afin d'obtenir une déclaration selon laquelle ces peuples et familles partagent un titre aborigène mi'kmaq.

[92]                   À la page 9 de leurs observations écrites, les appelants expliquent que les appelants Vautour [TRADUCTION] « reconnaissent et réclament un titre aborigène mi'kmaq sous l'égide du Grand Conseil Mi'kmaq et de la Nation mi'kmaq. »

[93]                   Les appelants Augustine revendiquent un droit au titre aborigène mi'kmaq relativement au Parc pour leur propre compte et pour celui des appelants Vautour. Chaque groupe d'appelants appuie la revendication de l'autre relative à un titre aborigène. Cette revendication est fondée sur le partage d'un titre aborigène entre les peuples mi'kmaq traditionnels du district de Sigenigteouk et les familles métisses-acadiennes mi'kmaq, titre qui est fondé sur les lois, les traditions et les coutumes de la

Nation mi'kmaq. Ils font valoir que le critère de l'arrêt *Powley* ne s'applique pas à une telle revendication.

[94] S'agissant des procédures intentées au civil concernant la légalité des expropriations et la création du Parc, les appelants soutiennent que la poursuite actuelle n'est pas une remise en cause, étant donné que la question d'un titre aborigène mi'kmaq sur les terres du Parc qui doit être partagé avec les familles métisses-acadiennes mi'kmaq, sur le fondement des lois, des traditions, des coutumes et des pratiques de la Nation mi'kmaq, n'a jamais été tranchée par les tribunaux. Ils prétendent que, étant donné qu'aucun titre aborigène n'a été réclamé ni pris en ligne de compte lors de la création du Parc, le titre de la Couronne demeure assujéti au titre aborigène que réclament maintenant les appelants.

[95] Les appelants Vautour s'identifient comme [TRADUCTION] « des Métis-Acadiens mi'kmaq [...], issus d'intermariages entre colons français et Autochtones mi'kmaq qui remontent à 1610. » L'exposé de la demande modifié contient ce qui suit :

[TRADUCTION]

- Les familles métisses-acadiennes mi'kmaq sont un peuple autochtone ou un groupe autochtone distinctif qui possède un territoire, une langue, une culture, des valeurs, des coutumes, des pratiques, des traditions, des croyances spirituelles, des systèmes juridique et politique communs sur les terres et les eaux connues comme terres et eaux mi'kmaq sur le fondement d'un titre aborigène mi'kmaq » (par. 2).
- Tous les demandeurs sont des peuples autochtones au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* (par. 7).
- Les Métis-Acadiens formaient un groupe autochtone lorsque la Couronne britannique a assumé la souveraineté sur la région maintenant connue sous le nom de Parc national Kouchibouguac et les appelants Vautour, en tant

que groupe, [TRADUCTION] « sont les descendants et successeurs » du groupe autochtone historique (par. 14).

- Durant la période de 1969 à 1971, des terres ont été expropriées afin de créer le Parc, [TRADUCTION] « malgré l'existence d'environ 280 familles d'ascendance mi'kmaq et métisse-acadienne qui, à l'époque, avaient droit à un titre aborigène sur le territoire » (par. 15).

[96] Compte tenu de ces extraits, on ne saurait blâmer qui que ce soit de croire que les appelants Vautour encore une fois affirment qu'il existait une communauté métisse historique ayant des droits dans la région du Parc, dont ils sont les descendants et en raison de laquelle ils revendiquent les droits prévus par l'art. 35, notamment un titre aborigène sur les terres du Parc. Qui plus est, la mesure réparatoire sollicitée au par. 37 de l'exposé de la demande modifié (dont les parties pertinentes sont reproduites ci-dessus) semble étayer l'argument des intimés selon lequel les mêmes questions sont remises en cause. Les appelants Vautour sollicitent des déclarations selon lesquelles ils possèdent un titre aborigène sur le Parc (al. 37a)) et des droits ancestraux de chasse et de pêche à l'intérieur du Parc (al. 37c)), et selon lesquelles les terres du Parc ne constituent pas des terres de la Couronne au sens de la *Loi sur les parcs nationaux* (al. 37b)). Aux alinéas 37e), f) et g) respectivement, ils réclament des dommages-intérêts pour atteinte non justifiée à leur titre aborigène et à leurs autres droits ancestraux et pour l'expulsion non justifiée et illégale des familles métisses-acadiennes mi'kmaq du Parc. À première vue, cette mesure réparatoire, sauf la revendication d'un titre aborigène, semble familière.

(i) Droits ancestraux protégés par la Constitution

[97] Comme il a été mentionné, les appelants Vautour revendiquent les droits protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, lequel prévoit ce qui suit :

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

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

(2) In this Act, “aboriginal peoples of Canada” includes the Indian, Inuit and Métis peoples of Canada. (2) Dans la présente loi, « peuples autochtones du Canada » s’entend notamment des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada.

[98] Ainsi, les personnes qui peuvent revendiquer des droits ancestraux protégés par la Constitution en vertu du paragraphe 35(1) sont les « peuples autochtones du Canada » définis au par. 35(2), définition qui s’entend « des Indiens, des Inuit et des Métis du Canada. »

[99] Au moment du rapatriement de la Constitution, en 1982, l’étendue des droits existants, ancestraux ou issus de traités, n’a pas été précisée. Depuis lors, le droit a rapidement évolué.

(ii) Le critère de l’arrêt *Powley* : les Métis dont les droits sont protégés et pourquoi

[100] Pour pouvoir établir qu’il est titulaire de droits protégés par l’art. 35, un demandeur qui s’identifie comme Métis doit satisfaire aux trois critères établis dans l’arrêt *Powley* :

- 1) s’identifier comme Métis;
- 2) avoir des liens ancestraux avec une communauté métisse historique;
- 3) être accepté par la communauté métisse actuelle (par. 31 à 33).

[101] Les appelants soutiennent que le fait d’établir l’existence de droits protégés par l’art. 35 pour les Métis, en application de l’arrêt *Powley*, et le fait d’être Métis sont deux questions distinctes. Je partage cet avis. Le terme « Métis », selon son sens populaire, décrit des personnes d’ascendance mixte indienne et européenne et, quoique le terme apparaisse à l’art. 35, il n’est pas défini dans la loi. Dans l’arrêt *Powley*, la Cour suprême a défini les Métis dont les droits sont protégés par l’art. 35. Elle a expliqué que « [l]e mot “Métis” à l’art. 35 ne vise pas toutes les personnes d’ascendance

mixte indienne et européenne. » Elle a dit que le mot « Métis » s'entend plutôt des « peuples distincts qui, en plus de leur ascendance mixte, possèdent leurs propres coutumes, façon de vivre et identité collective reconnaissables et distinctes de celles de leurs ancêtres indiens ou inuits d'une part et de leurs ancêtres européens d'autre part » (par. 10). La Cour n'a pas tenté d'énumérer les divers peuples métis. Elle a dit que, compte tenu du fait que les Métis sont expressément visés par l'art. 35, il était uniquement nécessaire de vérifier si les demandeurs appartenaient « à une communauté métisse identifiable et possédant un degré de continuité et de stabilité suffisant pour étayer l'existence d'un droit ancestral rattaché à un lieu précis » (par. 12). La Cour a précisé qu'une « communauté métisse peut être définie comme étant un groupe de Métis ayant une identité collective distinctive, vivant ensemble dans la même région et partageant un mode de vie commun » (par. 12).

[102] S'agissant de la question de savoir pourquoi ces droits sont protégés, la Cour suprême a souligné que l'objectif de la protection des droits des Métis assurée par le par. 35(1) était de protéger la culture distincte des Métis. La Cour a dit : « L'inclusion des Métis à l'art. 35 traduit un engagement à reconnaître les Métis et à favoriser leur survie en tant que communautés distinctes. L'objet de l'art. 35 et la promesse qu'il exprime consistent à protéger les pratiques qui, historiquement, ont constitué des caractéristiques importantes de ces communautés distinctes et qui continuent aujourd'hui de faire partie intégrante de leur culture métisse » (par. 13). Ce sont eux les Métis dont les droits sont protégés par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[103] En conséquence, toute revendication de droits protégés par l'art. 35 doit être évaluée, à l'égard de demandeurs qui s'identifient comme Métis, selon cette toile de fond historique et culturelle.

[104] En se fondant sur cette définition du peuple métis, la Cour a énoncé dans l'arrêt *Powley* les critères juridiques mentionnés ci-dessus qui déterminent la qualité de Métis. Ces critères définissent l'identité métisse pour les fins de l'identification des



personnes qui peuvent revendiquer les droits garantis à l'art. 35. La définition du terme Métis est axée sur la culture unique des Métis.

[105] Les droits ancestraux sont particuliers à chaque communauté autochtone. La nature précise des droits ancestraux et le lien obligatoire avec la communauté historique ont été soulignés dans l'arrêt *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, [1996] A.C.S. n° 77 (QL) :

[...] les droits ancestraux sont des droits constitutionnels, cela n'enlève rien au fait capital que les intérêts que les droits ancestraux sont censés protéger se rapportent à l'histoire spécifique du groupe qui revendique le droit. Les droits ancestraux n'ont pas un caractère général et universel. Leur portée et leur contenu doivent être déterminés au cas par cas. Le fait qu'un groupe autochtone possède le droit ancestral de faire une chose donnée ne permet pas, à lui seul, d'établir qu'une autre collectivité autochtone a le même droit. [...] [Par. 69]

(iii) Le titre aborigène est un droit ancestral

[106] Le titre aborigène, qui est réclamé en l'espèce, est un type distinct de droit ancestral qui est reconnu et confirmé par l'art. 35 et il naît lorsque le rapport entre un groupe et un territoire avait une importance fondamentale pour la culture distinctive de ce groupe. Le titre aborigène est un droit de nature unique qui confère un droit foncier et, en tant que tel, il représente davantage que le droit de se livrer à certaines activités comme la pêche ou la chasse : *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, [1997] A.C.S. n° 108 (QL), par. 111 et 137.

[107] Les droits ancestraux reconnus par la Constitution s'étalent le long d'un spectre, en fonction de leur degré de rattachement avec le territoire visé. À une extrémité du spectre, il y a les pratiques, les coutumes et les traditions exercées sur un territoire, mais cette utilisation du territoire ne suffit pas pour étayer la revendication d'un titre sur celui-ci, même si elle confère néanmoins un droit autochtone. À l'autre extrémité du spectre, il y a le titre aborigène, qui confère en soi un droit au territoire comme tel,

sous réserve de certaines limites inhérentes. Au milieu du spectre, il y a les droits – spécifiques à un site – de s’adonner à une activité particulière, lesquels ne constituent pas un titre sur le territoire (*Delgamuukw*, par. 138).

(iv) Le critère applicable pour prouver l’existence d’un titre aborigène

[108] Le critère de la preuve permettant d’établir l’existence d’un titre aborigène a été énoncé par le juge en chef Lamer, qui a rédigé le jugement au nom de la majorité dans l’arrêt *Delgamuukw*, décision considérée comme une des plus importantes dans l’histoire du droit autochtone. Cet arrêt confirme que les droits ancestraux axés sur les pratiques comme la pêche et la chasse peuvent coexister avec un titre aborigène :

Pour établir le bien-fondé de la revendication d’un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique ce titre doit satisfaire aux exigences suivantes : (i) il doit avoir occupé le territoire avant l’affirmation de la souveraineté; (ii) si l’occupation actuelle est invoquée comme preuve de l’occupation avant l’affirmation de la souveraineté, il doit exister une continuité entre l’occupation actuelle et l’occupation antérieure à l’affirmation de la souveraineté; (iii) au moment de l’affirmation de la souveraineté, cette occupation doit avoir été exclusive. [Par. 143]

[109] Le critère servant à déterminer l’existence de droits ancestraux permettant de se livrer à certaines activités particulières et celui applicable pour déterminer l’existence d’un titre aborigène sont similaires à bien des égards, mais ils sont différents de deux manières. Premièrement, selon le critère relatif au titre aborigène, l’exigence selon laquelle le territoire doit faire partie intégrante de la culture distinctive des demandeurs est subsumée sous l’exigence d’occupation :

[...] L’exigence existe à l’égard des droits qui ne constituent pas des titres parce que, dans de tels cas, il est nécessaire de distinguer entre les pratiques qui étaient des éléments fondamentaux de la culture des demandeurs et celles qui étaient davantage accessoires. Toutefois, dans le cas d’un titre, il semble clair que tout territoire qui a été occupé antérieurement à l’affirmation de la souveraineté et

avec lequel les parties ont depuis maintenu un rapport substantiel est suffisamment important pour avoir une importance fondamentale pour la culture des demandeurs. Par conséquent, je ne crois pas qu'il soit nécessaire d'inclure explicitement cet élément dans le critère relatif au titre aborigène. [...] [*Delgamuukw*, par. 151]

[110] Il y a une autre distinction importante qui s'applique aux peuples autochtones autres que les Métis. Alors que c'est le moment du premier contact avec les Européens qui est le moment pertinent pour la détermination des droits ancestraux, dans le cas du titre aborigène, c'est le moment de l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur le territoire (*Delgamuukw*, par. 142). S'agissant des Métis, cette distinction n'est plus pertinente puisque, en appliquant le critère de l'arrêt *Van der Peet* pour déterminer les droits des Métis au titre de l'art. 35, la Cour suprême a modifié, dans l'arrêt *Powley*, l'aspect du critère fondé sur l'antériorité au contact applicable à tous les autres droits en adoptant celui de l'occupation avant l'affirmation de la souveraineté afin de prendre en considération l'histoire distinctive des Métis.

[111] Dans l'arrêt *Delgamuukw*, le juge en chef Lamer a dit : « Pour établir le bien-fondé de la revendication d'un titre aborigène, le groupe autochtone qui revendique le titre doit démontrer qu'il occupait les terres en question au moment où la Couronne a affirmé sa souveraineté sur ces terres » (souligné dans l'original, par. 144). En outre, le critère exige une occupation historique exclusive. L'exclusivité exige que le demandeur démontre le contrôle efficace du territoire par le groupe autochtone historique, qui de ce fait pouvait exclure toute autre personne du territoire qu'il occupait s'il choisissait de le faire (voir *Delgamuukw*, par 155; *Nation Tsilhqot'in c. Colombie-Britannique*, 2014 CSC 44, [2014] 2 R.C.S. 257, par. 47 et 48).

[112] Dans l'arrêt *Van der Peet*, le juge en chef Lamer a expliqué que la protection des droits ancestraux avait pour but de réconcilier l'occupation antérieure des terres par des communautés autochtones distinctives et l'affirmation par la Couronne de sa souveraineté sur ces terres (par. 42). En conséquence, le titre aborigène se cristallise au moment de l'affirmation de la souveraineté, « avec tous les attributs que constituent les

droits d'utilisation et de jouissance qui existaient avant l'affirmation de la souveraineté et qui composaient le titre collectif détenu par les ancêtres du groupe revendicateur – notamment le droit de contrôler l'utilisation des terres » (*Tsilhqot'in*, par. 75).

[113] La Cour suprême est revenue sur la question du titre aborigène dans l'arrêt *Tsilhqot'in* – la première décision canadienne où la Cour a conclu à l'existence d'un titre aborigène. La décision *Vautour* dans la procédure criminelle a été rendue en 2010, soit quelques années avant la publication de l'arrêt *Tsilhqot'in*, en 2014. Toutefois, contrairement à ce que font valoir les appelants, le juge saisi des motions a effectivement recherché si l'arrêt *Tsilhqot'in* énonçait de nouveaux principes juridiques applicables à la demande; toutefois, il a décidé, à bon droit, que cet arrêt n'en contenait pas. Dans l'affaire *Tsilhqot'in*, la Cour suprême a réitéré le critère applicable à l'existence d'un titre aborigène qu'elle avait énoncé dans l'arrêt *Delgamuukw* et elle a conclu à l'existence d'un titre aborigène en appliquant ce critère, mais elle n'a pas modifié le critère auquel doit satisfaire le groupe autochtone qui revendique l'existence d'un titre aborigène.

[114] Le titre aborigène, de par sa nature, confère au groupe titulaire du titre le droit exclusif de décider de l'utilisation des terres et le droit de bénéficier de ces utilisations, sous réserve de certaines limites inhérentes (*Tsilhqot'in*, par. 88). Le droit d'un demandeur aux droits protégés par l'art. 35 est généralement déterminé au cas par cas par les tribunaux. Le titre aborigène est un droit *sui generis* et se distingue d'autres intérêts propriétaires sous plusieurs aspects, notamment le fait qu'il s'agit d'un titre collectif. Une des distinctions importantes relatives au titre aborigène est le fait que les terres détenues en vertu du titre aborigène ne peuvent être aliénées. Les terres peuvent être vendues ou transférées uniquement à la Couronne.

[115] Les appelants font valoir que l'arrêt *Powley* ne peut servir à confirmer la proposition selon laquelle il n'existe aucun Métis au Nouveau-Brunswick. Je partage cet avis. Toutefois, l'arrêt *Powley* établit un critère permettant de déterminer si un demandeur qui s'identifie comme Métis est ou non un Métis pouvant revendiquer des droits en vertu de l'art. 35. La question de savoir si les appelants *Vautour* sont titulaires

des droits protégés par l'art. 35, notamment quelque droit que ce soit à un titre aborigène, doit être tranchée en fonction de l'analyse et des principes prescrits par les arrêts *Delgamuukw* et *Powley*. Ce cadre analytique assure une réconciliation basée sur des principes entre les droits ancestraux et les intérêts de tous les Canadiens.

[116] Ou bien les appelants Vautour sont des Métis au sens de l'art. 35 ou bien ils ne le sont pas. S'ils le sont, il se peut qu'ils aient des droits protégés par la Constitution; autrement, ils ne peuvent se prévaloir des droits ou avantages réservés aux peuples autochtones par la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[117] Pour évaluer la revendication relative à un titre aborigène sur les terres du Parc, il faut déterminer s'il existait une communauté autochtone (ancêtres du groupe demandeur) dont sont issus M. Vautour et ceux qu'il représente et qui occupait exclusivement les terres en question dans la mesure requise pour établir qu'elle était titulaire du titre sur ces terres au moment de l'affirmation de la souveraineté. Un titre aborigène protégé par la Constitution doit être fondé sur l'existence d'une communauté avant l'affirmation de la souveraineté. Les descendants des personnes qui détenaient à l'origine des droits ancestraux et qui formaient, plus précisément, une communauté historique distinctive détiennent aujourd'hui ces droits ancestraux.

[118] Ainsi qu'il a été mentionné, les droits ancestraux s'étalent le long d'un spectre où, à une extrémité, il y a le droit de s'adonner à certaines activités particulières et, à l'autre extrémité, le droit à un titre aborigène. Il est difficile d'imaginer une situation où un demandeur pourrait faire la preuve d'un titre aborigène sur des terres s'il n'était pas en mesure d'établir qu'il détient un droit constitutionnel de pêcher dans les limites ou à partir de ces terres.

[119] Dans l'affaire *R. c. Vautour* (2010), le juge en chef adjoint Arseneault a conclu que M. Vautour n'avait pas un droit ancestral protégé par la Constitution de pêcher dans le Parc parce qu'il n'avait pas réussi à établir la présence d'une communauté métisse historique dans la région du Parc, une condition préalable, selon le critère de

l'arrêt *Powley*, à l'établissement des droits ancestraux visés à l'art. 35. Le titre aborigène sur des terres est un droit ancestral. Pour accueillir la demande en l'espèce, il faudrait que la Cour tire des conclusions contraires à celles tirées par le juge en chef adjoint Arseneault, qui a conclu de manière explicite qu'il n'existait aucun droit de la sorte parce qu'aucun groupe de la sorte n'existait. Mettre en doute la validité d'une déclaration de culpabilité est une action très grave, que ce soit l'effet recherché ou non (voir *Toronto (Ville)*, par. 54; *Sullivan et la Province du Nouveau-Brunswick c. Benoit et autres*, 2019 NBCA 49, [2019] A.N.-B. n° 172 (QL) (par. 21 et 22)).

[120] Le juge saisi des motions a conclu que le droit à la mesure réparatoire sollicitée par tout demandeur qui s'identifie comme un Métis supposerait d'abord qu'il existe une communauté métisse historique distinctive dans la région intéressée, question qui a été tranchée définitivement par une réponse négative. Il a correctement décrit la question au cœur de la demande des appelants Vautour en ces termes : [TRADUCTION] « Il importe peu qu'on allègue, ainsi que M. Vautour l'a fait dans ses plaidoiries, qu'un titre aborigène métis-acadien est dérivé du titre aborigène mi'kmaq fondé sur les lois, les traditions et les coutumes du peuple mi'kmaq. M. Vautour doit néanmoins établir qu'il est un Métis au sens de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle* de 1982 » (par. 42).

[121] Le juge saisi des motions a déterminé, à bon droit, que la question fondamentale soulevée dans la demande avait déjà été tranchée dans la procédure criminelle.

[122] La première condition est remplie, à savoir que la même question a déjà été tranchée.

b) *Deuxième condition : une décision définitive*

[123] Dans l'arrêt *Toronto (Ville)*, la juge Arbour a dit : « Une décision est irrévocable ou définitive et elle lie les parties seulement lorsque tous les recours possibles en révision sont épuisés ou ont été abandonnés » (par. 46). M. Vautour a interjeté appel

de chaque décision jusqu'à la Cour suprême. Ces décisions sont définitives et sont donc susceptibles de donner lieu à une préclusion.

[124] Il ne fait aucun doute que la deuxième condition a été remplie.

c) *Troisième condition : mêmes parties ou leurs ayants droit*

[125] Le juge saisi des motions a conclu que cette condition avait été remplie parce qu'il a jugé que les parties aux instances judiciaires soulevant la préclusion, ou leurs ayants droit, étaient les mêmes parties que celles dans la présente action, ou leurs ayants droit.

[126] Il ne fait aucun doute que M. Vautour et la Couronne sont les mêmes parties. Les familles métisses-acadiennes mi'kmaq que M. Vautour prétend représenter (même si elles ne sont pas des parties à l'action) ne faisaient pas partie des instances antérieures. Quoi qu'il en soit, le juge a conclu que ces familles étaient les ayants droit de M. Vautour, puisqu'elles avaient les mêmes intérêts que lui, ayant fait remarquer auparavant que ces familles n'avaient présenté aucune preuve ni aucun argument indiquant que leurs intérêts étaient différents.

[127] Le degré d'intérêt qui crée le lien de droit est assez élastique et doit être établi au cas par cas (*Danyluk*, par. 60). Les appelants n'ont pas sérieusement nié l'existence d'un lien de droit devant notre Cour et ils n'ont pas contesté non plus le fait que cette condition préalable avait été remplie. Je conclus que le juge saisi des motions n'a commis aucune erreur dans cette conclusion.

[128] Le juge a conclu à bon droit que les conditions préalables à l'établissement de la préclusion pour même question en litige avaient été remplies.

(4) Application des principes afférents à l'abus de procédure

[129] Ainsi qu'il a déjà été mentionné, la préclusion pour même question en litige et l'abus de procédure sont étroitement liées et, dans bien des cas, plus d'une doctrine peut être invoquée pour étayer un résultat particulier. En l'espèce, le juge saisi des motions a conclu que les deux doctrines s'appliquaient et que ce serait un abus de procédure pour remise en cause si l'on permettait que la demande soit instruite.

[130] Les conditions afférentes à l'application de l'abus de procédure sont les mêmes que celles qui s'appliquent à la préclusion pour même question en litige, à une exception importante près : les parties sollicitant la remise en cause d'une question n'ont pas à être les mêmes parties que celles à l'origine du litige. Comme nous venons de le voir, les deux autres conditions ont été remplies.

[131] Les préoccupations qui sous-tendent l'abus de procédure entrent en jeu en l'espèce. La demande est un abus de procédure pour deux raisons : a) elle remet en cause les mêmes questions dont la cour était saisie dans des instances judiciaires antérieures; et b) elle ne peut être accueillie que si la cour rejette des conclusions tirées par des cours antérieures. Qui plus est, la réouverture du litige « port[erait] atteinte aux principes d'économie, de cohérence, de caractère définitif des instances et d'intégrité de l'administration de la justice » (*Toronto (Ville)*, par. 37).

[132] Le juge saisi des motions a conclu à bon droit que les conditions préalables à l'application de la doctrine de l'abus de procédure avaient été remplies.

D. *Seconde question – Le juge saisi des motions a-t-il commis une erreur en omettant d'exercer son pouvoir discrétionnaire de permettre aux appelants de se soustraire à l'application des doctrines de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure en l'espèce?*

[133] Les appelants affirment que, même si les conditions préalables étaient remplies, le juge saisi des motions aurait dû tout de même refuser, à la seconde étape, d'appliquer les doctrines de common law pour empêcher l'instruction de la



demande, étant donné que l'application de l'une ou l'autre de ces doctrines crée une injustice en l'espèce si l'on tient compte de l'ensemble des circonstances. Il ne fait aucun doute que le juge possédait ce pouvoir discrétionnaire; toutefois, ainsi qu'il a été mentionné, le pouvoir discrétionnaire doit être exercé avec une plus grande retenue lorsque, comme en l'espèce, les décisions antérieures émanent d'autres tribunaux judiciaires.

[134] À ce stade, la question à trancher est celle de savoir si le juge saisi des motions a commis une erreur en refusant d'exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur des appelants. Le juge s'est penché à juste titre sur la question de son pouvoir discrétionnaire. Aucun des facteurs énoncés par la Cour suprême dans l'arrêt *Toronto (Ville)* ne permettrait la remise en cause dans la présente affaire.

[135] S'agissant de la question de savoir si l'application de la préclusion pour même question en litige créerait une injustice en l'espèce, le juge saisi des motions a conclu [TRADUCTION] « qu'aucune injustice réelle [...] ne serait créée par le refus de permettre la poursuite de l'affaire » (par. 55) et [TRADUCTION] « que personne n'a présenté une preuve ou quelque indication que ce soit d'une injustice dans les procédures antérieures » (par. 56). Il a également examiné si une injustice était créée à l'endroit des intimés, qui seraient tenus de participer à la remise en cause de questions déjà tranchées, s'il devait exercer son pouvoir discrétionnaire tel qu'on lui demandait de le faire. Il s'agit d'un facteur pertinent; les intimés avaient contesté toutes les poursuites antérieures et avaient obtenu gain de cause jusqu'en Cour suprême.

[136] Par ailleurs, une partie à un litige est tenue de soulever toutes les questions appropriées dès la première fois qu'elle est appelée à le faire. Il ne s'agissait pas d'une situation où les enjeux dans l'instance initiale étaient si peu importants qu'ils ne donneraient pas à une partie une motivation suffisante pour mettre en cause. En effet, M. Vautour avait vigoureusement débattu toutes les instances antérieures, épuisant, dans chacune, ses droits d'appel jusqu'à la Cour suprême. Ainsi que l'a affirmé le juge saisi des motions :

[TRADUCTION]

Les enjeux dans les instances au criminel et au civil dont M. Vautour était partie relativement au Parc national Kouchibouguac étaient élevés et ont donné lieu à une instruction complète des questions sur une période de 40 ans. Les obligations de M. Vautour et de son avocat en l'espèce consistaient à présenter toute la preuve pertinente à l'appui de la demande ou risquer d'obtenir des résultats défavorables.

Le fait de lui permettre de tenter d'attaquer les résultats de son procès au criminel reviendrait à porter atteinte à la crédibilité de tout le processus judiciaire en diminuant l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité de la Cour provinciale et des trois tribunaux d'instance supérieure qui ont confirmé la décision rendue au procès.

[Par. 58 et 59]

[137] Par ailleurs, il n'y avait pas la présence « d'irrégularités dans le processus [décisionnel] initial » ni la « découverte de nouveaux éléments de preuve » qui auraient justifié que le juge saisi des motions refuse d'appliquer les doctrines de common law.

[138] Dans l'affaire *Sullivan*, qui présente certaines similitudes avec celle dont nous sommes saisis, notre Cour a examiné la doctrine de l'abus de procédure. Dans cette affaire, la partie lésée, M<sup>me</sup> Benoit, a intenté une action à M<sup>me</sup> Sullivan pour des blessures qu'elle avait subies. Elle sollicitait et avait obtenu un jugement sommaire sur la question de la responsabilité. M<sup>me</sup> Sullivan avait été déclarée coupable au criminel pour avoir omis de céder la priorité, mais elle avait présenté une défense où elle refusait de reconnaître cette omission. La Cour a confirmé la décision rendue par le juge saisi de la motion. S'agissant de la manière dont le juge avait traité la déclaration de culpabilité pour infraction au code de la route, notre Cour a conclu que le juge saisi de la motion avait déterminé, à bon droit, qu'aucune preuve nouvelle n'attaquait de façon concluante le verdict et qu'on « aurait nettement commis un abus de procédure si l'on avait permis aux appelants de remettre en litige la question de savoir si M<sup>me</sup> Sullivan avait omis de céder la priorité » (par. 22).

[139] Dans une affaire récente, l'affaire *Landry*, mentionnée plus tôt, la Cour a confirmé la décision du juge saisi de la requête de rejeter la requête pour cause d'abus de procédure. Accusée de pêche illégale de la truite, M<sup>me</sup> Landry avait comparu en Cour provinciale. Elle n'avait pas contesté le fait qu'elle s'était adonnée à la pêche. Elle affirmait, toutefois, qu'elle était une Autochtone au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et que, en conséquence, elle avait le droit de pêcher la truite, compte tenu de ses droits ancestraux et du fait que certains traités lui permettaient de pêcher. Pendant l'instruction de l'affaire, elle a demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre un jugement déclaratoire affirmant qu'elle était titulaire de droits issus de traités. Elle prétendait être une Autochtone qui possédait des droits issus de traités (notamment celui de se livrer à la pêche), du fait qu'elle était descendante directe d'un signataire de traités.

[140] Deux requêtes semblables présentées à la Cour fédérale ainsi qu'une demande de pourvoi à la Cour suprême ont été rejetées. Les requérants avaient sollicité, devant la Cour fédérale, la reconnaissance de leur statut d'Indiens non inscrits et de membres d'une communauté mi'kmaq distincte. En outre, ils sollicitaient la reconnaissance du fait qu'ils étaient titulaires de droits issus de traités, de droits ancestraux et d'un titre partagé sur le territoire du Nouveau-Brunswick, de la Nouvelle-Écosse, de l'Île-du-Prince-Édouard et du Québec. La Cour fédérale (dans une décision non publiée portant le numéro de dossier T-420-12) a conclu que les allégations, même s'il s'avérait au bout du compte qu'elles étaient fondées, n'étaient pas à elles seules suffisantes pour satisfaire au critère énoncé par la Cour suprême dans l'arrêt *Powley* et réitéré par notre Cour dans l'arrêt *Hopper c. R.*, 2008 NBCA 42, 331 R.N.-B. (2<sup>e</sup>) 177, lequel critère permet de déterminer si quelqu'un est un Autochtone (Indien) au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et, partant, un bénéficiaire des droits garantis par cet article. La Cour a conclu que les membres du Conseil Autochtone de la Côte-Est, dont M<sup>me</sup> Landry était membre, ne satisfaisaient tout simplement pas à deux des trois éléments du critère établissant la qualité de membre d'une communauté actuelle pertinente, à savoir le fait de s'identifier comme membre de la communauté et le fait d'être accepté par la communauté. Cette décision, qui avait été annulée, a été rétablie par

la Cour d'appel fédérale (voir *Canada (Procureur général) c. Landry*, 2014 CAF 197, [2014] A.C.F. n° 938 (QL), et la Cour suprême a rejeté la demande de pourvoi (voir *Landry c. Canada (Procureur général)*, [2014] C.S.C.R. n° 564 (QL)).

[141] En rejetant la requête, le juge a conclu que M<sup>me</sup> Landry tentait encore une fois de remettre en cause le même litige, soit sa qualité de bénéficiaire de droits issus de traités protégés par l'art. 35.

[142] Dans la présente instance, il n'y a aucune garantie qu'une remise en cause donnerait un meilleur résultat. Si une cour entendant la poursuite devait tirer les mêmes conclusions que les cours l'ont fait dans les instances antérieures, le litige aurait été un gaspillage de ressources judiciaires et des dépenses inutiles pour les parties. D'un autre côté, si des conclusions contraires devaient être tirées, l'incohérence qui en résulterait « ébranler[ait] la crédibilité de tout le processus judiciaire et en affaiblir[ait] ainsi l'autorité, la crédibilité et la vocation à l'irrévocabilité » (*Toronto (Ville)*, par. 51). Les appelants n'ont pas démontré que la remise en cause aurait pour effet de rehausser l'intégrité du système judiciaire plutôt que de lui porter préjudice.

[143] Le fait de reformuler les arguments sous l'angle d'un titre mi'kmaq ne constitue pas la présentation d'une nouvelle preuve justifiant la remise en cause.

[144] La question fondamentale soulevée dans la demande est réglée. Elle ne constitue pas une « [question] d'interprétation législative irrésolu[e], complex[e] et difficil[e], dont la solution serait facilitée par l'examen de preuve » (*LeBlanc*, par. 35). La règle 23 est très appropriée en l'espèce.

[145] Ainsi que l'a conclu le juge saisi des motions, les questions soulevées dans la présente poursuite [TRADUCTION] « ont été entièrement débattues et tranchées dans des poursuites antérieures au civil et au criminel » (par. 7). Il a conclu également, à juste titre, qu'il n'y avait aucun motif justifiant l'exercice de son pouvoir discrétionnaire de

permettre que l'affaire se poursuive, malgré la conclusion tirée au sujet de la préclusion pour même question en litige et de l'abus de procédure.

E. *Conclusion concernant la décision de radier la demande*

[146] Le caractère définitif ou l'irrévocabilité des décisions constitue un aspect important de notre système de justice pour les parties à un litige, pour le système judiciaire et pour la population en général.

[147] Les obligations et les droits respectifs des parties ne peuvent être remis en cause et réexaminés au fur et à mesure que changent les circonstances. M. Vautour aurait pu présenter, durant son procès au criminel, le même argument qu'il présente aujourd'hui, à savoir qu'il peut revendiquer des droits au titre de l'art. 35 en présentant sa demande de titre aborigène de concert avec les appelants Augustine sous l'égide du Grand Conseil Mi'kmaq et de la Nation mi'kmaq. Cet argument, s'il avait été accepté, aurait pu être déterminant pour les résultats obtenus dans la poursuite criminelle.

[148] Je conclus en souscrivant aux propos exprimés dans *Hoystead c. Commissioner of Taxation*, [1926] A.C. 155 (C.P.), [1925] J.C.J. No. 9 (QL), selon lesquels les parties sont tenues de présenter toute leur preuve et ne devraient pas être permises, sauf dans des circonstances particulières, de perpétuer un litige en faisant valoir de nouveaux moyens de poursuite. Comme l'a affirmé lord Shaw : [TRADUCTION] « S'il était permis de le faire, les litiges n'auraient plus de fin, à moins d'épuiser l'ingéniosité juridique » (par. 28).

[149] Il est évident et manifeste qu'une affaire où l'on tente de remettre en cause une question qui a été tranchée définitivement dans toutes les instances judiciaires, après la tenue d'un procès complet, ne révèle pas une cause raisonnable d'action. À mon avis, le juge a prescrit le bon dispositif en radiant la demande, en transformant les motions connexes en motions en vue de l'obtention d'un jugement sous le régime de la règle 37.10a) et en accordant le jugement en rejet de la demande.

[150] La décision de radier la demande n'est pas le produit d'une erreur susceptible de révision.

VIII. Dispositif

[151] Je rejetterais l'appel et j'ordonnerais aux appelants de payer des dépens de 5 000 \$ au Nouveau-Brunswick. Le Canada n'a pas sollicité les dépens; par conséquent, je n'accorderais aucuns dépens au Canada.