



B E T W E E N:

ENTRE

CHIEF MARY ANN SIMON on behalf of herself and the Members of the BUCTOUCHE FIRST NATION, CHIEF GEORGE GINNISH on behalf of himself and the members of the EEL GROUND FIRST NATION, CHIEF ARREN SOCK on behalf of himself and the members of the ELSIPOGTOG FIRST NATION, CHIEF ALVERY PAUL on behalf of himself and the members of the ESGENOÛPETITJ FIRST NATION, CHIEF REBECCA KNOCKWOOD on behalf of herself and the members of the FORT FOLLY FIRST NATION, CHIEF KENNETH BARLOW on behalf of himself and the members of the INDIAN ISLAND FIRST NATION, CHIEF JOSEPH WARD on behalf of himself and the members of the METEPENAGIAG MI'KMAQ NATION, CHIEF JOE SACOBIE on behalf of himself and the members of the OROMOCTO FIRST NATION, CHIEF DAVID PETER-PAUL on behalf of himself and the members of the PABINEAU FIRST NATION, CHIEF BRENDA PERLEY on behalf of herself and the members of the TOBIQUE FIRST NATION, THE ASSEMBLY OF FIRST NATIONS' CHIEFS IN NEW BRUNSWICK INC.,

INTENDED APPELLANTS

- and -

THE PROVINCE OF NEW BRUNSWICK, AV CELL INC., FORNEBU LUMBER COMPANY INC., J.D. IRVING LTD., AV NACKAWIC INC., TWIN RIVERS PAPER COMPANY INC.,

INTENDED RESPONDENTS

Motion heard by:
The Honourable Justice Larlee

CHEF MARY ANN SIMON, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION DE BUCTOUCHE, CHEF GEORGE GINNISH, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION D'EEL GROUND, CHEF ARREN SOCK, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION D'ELSIPOGTOG, CHEF ALVERY PAUL, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION D'ESGENOÛPETITJ, CHEF REBECCA KNOCKWOOD, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION DE FORT FOLLY, CHEF KENNETH BARLOW, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION D'INDIAN ISLAND, CHEF JOSEPH WARD, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION DE METEPENAGIAG, CHEF JOE SACOBIE, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION D'OROMOCTO, CHEF DAVID PETER-PAUL, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION DE PABINEAU, CHEF BRENDA PERLEY, en son nom et au nom des membres de la PREMIÈRE NATION DE TOBIQUE, et THE ASSEMBLY OF FIRST NATIONS' CHIEFS IN NEW BRUNSWICK INC.,

APPELANTS ÉVENTUELS

-et-

LA PROVINCE DU NOUVEAU-BRUNSWICK, AV CELL INC., FORNEBU LUMBER COMPANY INC., J.D. IRVING LIMITED, AV NACKAWIC INC., TWIN RIVERS PAPER COMPANY INC.,

INTIMÉES ÉVENTUELLES

Motion entendue par :
l'honorable juge Larlee

Date of hearing:
September 8, 2014

Date de l'audience :
le 8 septembre 2014

Date of decision:
October 9, 2014

Date de la décision :
le 9 octobre 2014

Counsel at hearing:

Avocats à l'audience :

For the Intended Appellants:
Derek A. Simon and
Jennifer Huygen

Pour les appelants éventuels :
Derek A. Simon et
Jennifer Huygen

For the Intended Respondent The Province of New
Brunswick:
William E. Gould

Pour l'intimée éventuelle la Province du Nouveau-
Brunswick :
William E. Gould

For the Intended Respondent AV Cell Inc., AV
Nackawic Inc. and Fornebu Lumber Company
Inc.:
James K. O'Connell, Q.C. and
Rebecca Atkinson

Pour les intimées éventuelles AV Cell Inc., AV
Nackawic Inc. et Fornebu Lumber Company Inc. :
James K. O'Connell, c.r., et
Rebecca Atkinson

For the Intended Respondent J.D. Irving Ltd.:
Mahmud Jamal and
W. David Rankin

Pour l'intimée éventuelle J.D. Irving Ltd. :
Mahmud Jamal et
W. David Rankin

For the Intended Respondent Twin Rivers Paper
Company Inc.:
Richard J. Scott, Q.C. and
Matthew T. Hayes

Pour l'intimée éventuelle Twin Rivers Paper
Company Inc. :
Richard J. Scott, c.r., et
Matthew T. Hayes

DECISION

[1] This is a motion for leave to appeal a decision of a judge of the Court of Queen’s Bench who denied the Intended Appellants’ application for interim relief: an interim injunction that would prohibit the Government of New Brunswick from entering into Forest Management Agreements with the Intended Respondent companies until a further order of the Court was made with respect to an interlocutory injunction (Rule 40.01 of the *Rules of Court*). The Intended Appellants are ten Chiefs of New Brunswick First Nations on behalf of the members of their First Nations, and the Assembly of First Nations’ Chiefs in New Brunswick Inc., of which nine of the ten First Nations are currently members.

I. Background

[2] The Intended Respondents are the Province of New Brunswick, and five companies (AV Cell Inc., Fornebu Lumber Company Inc., J. D. Irving Ltd., AV Nackawic Inc., and Twin Rivers Paper Company) who are Crown timber license holders under the *Crown Lands and Forests Act*, S.N.B. 1980, c. C-38.1.

[3] In March 2014, the Province released a new Forest Strategy which calls for a 21% increase in the annual allowable cut for softwood timber, a reduction in the amount of Crown forest protected as conservation forest from 30% to 23%, and a change to a “results-based” framework for forest management. The Province will implement the 2014 Strategy through a series of agreements with the Licensees. In February 2014, the Province entered into a Memorandum of Agreement with J.D. Irving Ltd., which provides for an increase in Irving’s allocation of softwood, for Irving to commit to invest \$513,000,000 and for the parties to negotiate a new outcome-based Forest Management Agreement to include a term or condition binding the parties to an initial term of 25 years. In July 2014, the Province executed a Memorandum of Agreement with Twin Rivers Paper Company with respect to its allocation of wood and its commitment to investing in improvements to its facilities.

[4] Here is a chronology of events leading to this motion:

| Date | Event |
|-------------------|---|
| July 23, 2014 | Assembly of New Brunswick First Nation Chiefs adopts a resolution to commence this litigation. |
| August 14, 2014 | Intended Appellants deliver their partial motion record, without notice, seeking an interim injunction. |
| August 15, 2014 | Intended Appellants deliver their complete motion record, consisting of 1,048 pages and 12 separate affidavits. |
| August 18, 2014 | The application judge hears the application for a 10-day interim injunction. |
| August 22, 2014 | The application judge dismisses the application for a 10-day interim injunction. |
| August 28, 2014 | Intended Appellants deliver a Notice of Motion for Leave to Appeal without notice, returnable on September 5, 2014. |
| September 3, 2014 | Intended Appellants deliver their Motion Record for Leave to Appeal. |
| September 3, 2014 | Intended Appellants deliver their pre-hearing brief of law. |
| September 8, 2014 | New Brunswick Court of Appeal scheduled to hear the Motion for Leave to Appeal. |

[5] The Intended Appellants explain that they have not commenced an action because in accordance with the *Proceedings Against the Crown Act*, R.S.N.B. 1973, c. P-18, they can only serve the Province two months after having given notice (s. 15(1)). The Intended Respondents complain that there was no impediment to serving the non-Crown parties, or to giving the Crown notice of the essence of the action, to give the matter context.

[6] The *Proceedings Against the Crown Act* (ss. 14(2) and (3)) prevents the granting of an injunction against the Province. Therefore, the Intended Appellants seek

injunctive relief against third parties based on the Province's alleged failure to consult and accommodate the First Nations, thus breaching their procedural rights, and on an alleged breach of the First Nations' substantive rights: established treaty rights to hunt, fish and harvest. To summarize, the Intended Appellants brought a preliminary motion in an intended action, seeking an interim injunction to temporarily prevent the Province from entering into a Forest Management Agreement with the Licensees. Alternatively, they sought an interim injunction preventing the Province from implementing the terms of the Forest Management Agreements, various forms of declaratory relief, or an exercise of the Court's inherent supervisory power to ensure that the Province complies with its constitutional duties towards the Intended Appellants.

II. Application judge's Decision

[7] To determine the issue, the application judge had to apply the three-part test found in *RJR-MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, [1994] S.C.J. No. 17 (QL): does the case raise one or more serious triable issues; if the "injunction" were not granted, would the Intended Appellants suffer irreparable harm; and which party would suffer the greater harm from the granting or refusal of the interim injunction pending a determination on the merits? For recent applications of the *RJR-MacDonald Inc.* test in this Court, see *M R Martin Construction Inc. v. Bryn Holdings Ltd., Kitchen and Killam*, 2010 NBCA 48, 362 N.B.R. (2d) 147, and *Local 772 of the United Assn. of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada v. The United Assn. of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada and the The United Assn. of Journeymen and Apprentices of the Plumbing and Pipefitting Industry of the United States and Canada, Local 325 and Hughes and Wood*, 2013 NBCA 33, 404 N.B.R. (2d) 332 [*"Local 772"*].

[8] The application judge applied the criteria and dismissed the motion. She opined that although the Intended Appellants had established that there was a serious issue to be tried, arguably because of the low threshold set by the first criterion, they had

not established they would suffer irreparable harm if the injunction were not granted, and the balance of convenience did not favour granting the injunction.

[9] Specifically the application judge found:

That leads then to the issue of whether or not there is still any urgency with respect to granting an injunction. As I stated previously, the parties have all agreed that it would be some time in 2015 before the Respondent will reach the increased volume granted under the 2014 FMAs. For arguments sake, and in order to move on to the second point of whether or not there was any evidence of irreparable harm, I will state that on a very cursory review of the material filed, and because I have found that this matter is neither vexatious or frivolous, I find that perhaps the Applicants may have a triable issue with regard to consultation and accommodation about the terms of the forestry management strategy.

[...]

The standard for finding irreparable harm is generally a high one. The Applicants submitted that this may be relaxed in Aboriginal cases involving a breach of the duty to consult. I submit at this stage, that the parties have not had the opportunity to produce the evidence of irreparable harm. As submitted by counsel for J.D.I., in quoting from *Musqueam Indian Band v. Canada*, 2008 FCA 214, the law is clear that inadequate consultation does not always constitute irreparable harm. If it is determined that the Applicants have been kept in the dark, they will have another day in court to be able to support that contention. At this stage, it is my view that the facts have not been fleshed out to the extent necessary to determine the issue of irreparable harm. It is conceded that from *RJR MacDonald*, that irreparable harm refers to the nature of the harm suffered rather than its magnitude. The disruption of government business is a mere possibility, if an injunction were granted. I find that the alleged harm to any Aboriginal interest has, at this point, not crystallized. As pointed out by counsel for Province of New Brunswick, the rubicon has not been crossed. In other words, the “status quo” will be maintained for some period of time.

The balance of convenience argument, at this stage, does not favour the granting of an interim injunction. Balancing the rights of all parties at this stage is not possible on the evidence before the Court, hence, the “status quo” will be maintained. [paras. 17, 19-20]

III. Standard of Review

[10] Whether we are dealing with a motion for leave to appeal or an appeal, we always begin the analysis with the applicable standard of review of each question raised: *Roy v. Doucet*, 2005 NBCA 84, 288 N.B.R. (2d) 12, at para. 13 and *Godin v. Star-Key Enterprises and Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 N.B.R. (2d) 180, at para. 7. The standard of review of a discretionary judicial decision is the most deferential standard: *Local 772*, at para. 4. That standard is described in *The Beaverbrook Canadian Foundation v. The Beaverbrook Art Gallery*, 2006 NBCA 75, 302 N.B.R. (2d) 161, at para. 4 and *Local 772*, at para. 41. A discretionary judicial decision may only be interfered with if it is founded on 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.

IV. Rule 62.03(4)

[11] In general, in considering whether or not to grant leave to appeal, the judge hearing the motion is limited to determining whether a criterion for doing so, as set out in Rule 62.03(4), has been met: *Coutu v. Gauthier Estate* (2005), 287 N.B.R. (2d) 292, [2005] N.B.J. No. 193 (C.A.) (QL), at para. 5; *Lévesque v. Michaud* (2006), 305 N.B.R. (2d) 97, [2006] N.B.J. No. 361 (C.A.) (QL), at para. 2; and *Flood v. Ouellette* (2006), 315 N.B.R. (2d) 83, [2006] N.B.J. No. 558 (C.A.) (QL). The criteria are:

- (a) whether there is a conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the proposed appeal;

- (b) whether he or she doubts the correctness of the order or decision in question; or
- (c) whether he or she considers that the proposed appeal involves matters of sufficient importance.

[12] Should one of those questions be answered in the affirmative, the Court has a residual jurisdiction to decline to grant leave to appeal. In *Bransfield (S.) Ltd. v. Fletcher et al.* (2003), 258 N.B.R. (2d) 28, [2003] N.B.J. No. 29 (C.A.) (QL), Drapeau J.A., as he then was, stated:

In *Breen v. MacIntosh*, [2001] N.B.J. No. 226 (C.A.), at para. 6, I expressed the view that satisfaction of one or more of the conditions found in Rule 62.03(4) did not, by itself, compel the issuance of an order granting leave to appeal. I went on to add that Rule 62.03(4) vests in the judge hearing the motion a "residual discretion to deny leave even where one or more of the preconditions have been satisfied". I remain firmly committed to that view.
[para. 15]

See also *Gay et al. v. Regional Health Authority 7 et al.* (2010), 361 N.B.R. (2d) 395, [2010] N.B.J. No. 218 (C.A.) (QL), at paras. 1-2, where Richard J.A. concluded that even if one of the criteria set out in Rule 62.03 had been met, it was not a case in which it was in the interests of justice to grant leave.

[13] I am not aware of any conflicting decision by another judge or court upon a question involved in the Intended Appellants' proposed appeal. For examples of decisions dealing with the type of conflicting decision contemplated by Rule 62.03(4), see *Williamson et al. v. Gillis et al.*, 2011 NBCA 53, 374 N.B.R. (2d) 311; *Trifidus Inc. v. Samgo Innovations Inc. et al.*, 2012 NBCA 31, 386 N.B.R. (2d) 230.

[14] More importantly, in disposing of this leave application, I am left to consider whether I doubt the correctness of the decision. I will do so by referring to the proposed grounds of appeal. The Intended Appellants argue the application judge erred

1. in law in finding that a breach of the duty to consult did not amount to irreparable harm;
2. in law in finding that the test for irreparable harm required the Intended Appellants to show that any harm to their Aboriginal and Treaty rights had “crystallized” as of the date of the hearing;
3. in law in failing to apply the test for the admissibility of expert evidence to the Intended Appellants’ affidavits, contrary to decisions of the New Brunswick Court of Queen’s Bench and the Supreme Court of Canada;
4. by committing certain palpable and overriding errors of fact in finding that the Intended Appellants will not face irreparable harm;
5. by failing to consider all relevant evidence and factors before her, and in doing so her discretionary decision not to issue injunctive relief was unreasonable in the circumstances; and
6. in failing to consider the alternative relief relied upon by the Intended Appellants on the motion.

[15] The Intended Appellants identified two types of alleged irreparable harm: an alleged breach of their procedural rights, by the failure of the Province to consult with them, resulting in present and ongoing irreparable harm; and an alleged breach of their substantive rights, being their established aboriginal treaty rights, through irreversible harm to the environment.

[16] The nature of irreparable harm in any such analysis has been addressed in *Imperial Sheet Metal Ltd. et al. v. Landry and Gray Metal Products Inc.*, 2007 NBCA 51, 315 N.B.R. (2d) 328, at paras. 28-30. I would adopt the words of Russell J. in *Fraser Papers Inc. v. New Brunswick (Superintendent of Pensions)*, 2007 NBQB 196, [2007] N.B.J. No. 193 (QL) when he says: “Evidence of irreparable harm cannot be inferred and must be clear and not be speculative” (para. 14).

[17] I have not been persuaded that the application judge directed herself incorrectly in law in this regard. She did not err in concluding that the alleged breach of the duty to consult did not amount to irreparable harm. J.D. Irving Ltd. contests the consultation record put forward by the Intended Appellants and insists that consultation is ongoing. In my view, the record demonstrates that the application judge did not have adequate evidence to assess whether there was insufficient consultation to establish there was irreparable harm. It would have been speculative of her to do so. And as she quite rightly pointed out, inadequate consultation does not always constitute irreparable harm: *Canada (Public Works and Government Services) v. Musqueam Indian Band*, 2008 FCA 214, [2008] F.C.J. No. 919 (QL), at para. 52.

[18] Much was made by the Intended Appellants of the expression the application judge used, that the alleged harm to Aboriginal and treaty rights had not “crystallized” as of the date of hearing. She essentially concluded that the Intended Appellants had not proven actual harm. Where harm has not yet occurred, the higher standard for *quia timet* (he or she fears) injunctions applies since the Court is asked to predict that harm will occur in the future: Robert J. Sharpe, *Injunctions and Specific Performance* (Toronto: Canada Law Book, 2013) (loose-leaf), ch. 1 at 31-32. To award an injunction in such circumstances there must be a high degree of probability that harm will occur. While several hyperboles were used to describe the nature of the alleged harm to the environment, the Province characterizing it “as death by a thousand cuts” and the Intended Appellants as “death by the stroke of a pen”, the record does not reveal any immediate harmful impact that would support the granting of an interim injunction. Indeed, in the Intended Appellants’ written submission they state “this affidavit evidence is clearly relevant to the arguments raised by the Intended Appellants, as it helps to establish likely impacts on their substantive treaty and Aboriginal rights” (para. 59) (emphasis added).

[19] The Intended Appellants attack the application judge’s decision by alleging she failed to apply the correct test for the admissibility of evidence. The application judge refused to consider those portions of the affidavits from affiants

purporting to provide her with expert evidence. According to Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant & Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4th ed. (Markham, ON: LexisNexis Canada Inc., 2014) at 787, the party tendering the expert evidence has the evidential and legal burden to satisfy the admissibility criteria enunciated in *R. v. Mohan*, [1994] 2 S.C.R. 9, [1994] S.C.J. No. 36 (QL) (relevance, necessity, no contravention of an exclusionary rule and a properly qualified expert witness). The application judge clearly made no error in ignoring the untested and unqualified evidence on this preliminary Application, and correctly applied the rule in the context of this matter.

[20] With respect to the balance of convenience, the application judge made a brief reference to it, stating that it favoured the maintaining of the status quo. That was all that was necessary in this case. She might have referred to *Haida Nation v. B.C. (Minister of Forests)*, 2004 SCC 73, [2004] 3 S.C.R. 511, in which McLachlin C.J., in acknowledging that it is open to Aboriginal peoples to seek interlocutory injunctions, stated that such a remedy may offer only impartial and imperfect relief, and “may fail to adequately take account of Aboriginal interests prior to their final determination” (para. 14). One reason she gives is that:

... the balance of convenience test tips the scales in favour of protecting jobs and government revenues, with the result that Aboriginal interests tend to "lose" outright pending a final determination of the issue, instead of being balanced appropriately against conflicting concerns. [para. 14]

[21] Turning to the last of the criteria under Rule 62.03(4), I do not consider the nature of the appeal to involve matters of such importance that leave to appeal should be granted: *Minister of Justice and Consumer Affairs v. J.R. and C.R. and Minister of Social Development, S.M.R. and R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 N.B.R. (2d) 377. The underlying subject matter is of extreme interest to the parties, but the legal principles with respect to interim injunctions are well established and do not warrant appellate intervention.

[22] Even if I had found one of the criteria under Rule 62.03(4) had been met, I would have exercised my residual discretion to deny leave. As Drapeau J.A. (as he then was) pointed out in *Bransfield*, the relative importance of the interlocutory order in the litigation process and the granting of leave come into play at this stage. In my view, the application for injunction is premature. Since the underlying action has not been commenced there is an absence of context and details regarding the alleged breach of the duty to consult. It is premature to make a determination about harm that has not occurred; consultation is ongoing and the Intended Respondents have submitted that new harvest levels will not occur until February 2015. Finally, if the application judge had granted the interim injunction on August 18, 2014, it would have expired on August 28, 2014. Any appeal from that order is, in my view, moot.

[23] I am also not persuaded the application judge committed any palpable and overriding error of fact or failed to consider any relevant evidence. Finally, she did not fail to consider the “alternative relief”, because it was predicated on the same test as that for the interim injunction. In other words, the application judge observed applicable principles and did not misapprehend the evidence to a point where an injustice would result. This decision has deference stamped all over it: *Burt v. Boyle et al.* (2011), 382 N.B.R. (2d) 206, [2011] N.B.J. No. 471 (C.A.) (QL), at para. 16.

[24] Therefore, I would dismiss this motion for leave to appeal with costs payable by the Intended Appellants to each Intended Respondent in the amount of \$1,000.

DÉCISION

[VERSION FRANÇAISE]

[1] Il s'agit d'une motion en autorisation d'appel d'une décision d'une juge de la Cour du Banc de la Reine qui a rejeté la demande des appelants éventuels en vue d'obtenir des mesures provisoires, plus précisément une injonction provisoire interdisant au gouvernement du Nouveau-Brunswick de conclure des ententes d'aménagement forestier avec les entreprises nommées comme intimées éventuelles avant qu'une ordonnance judiciaire soit rendue concernant une injonction interlocutoire (règle 40.01 des *Règles de procédure*). Les appelants éventuels sont dix chefs de Premières Nations du Nouveau-Brunswick, qui représentent les membres de leur Première Nation respective, et The Assembly of First Nations' Chiefs in New Brunswick Inc., dont sont actuellement membres neuf des dix Premières Nations susmentionnées.

I. Le contexte

[2] Les intimées éventuelles sont la Province du Nouveau-Brunswick et cinq entreprises privées (AV Cell Inc., Fornebu Lumber Company Inc., J.D. Irving Ltd., AV Nackawic Inc. et Twin Rivers Paper Company Inc.), qui sont toutes titulaires de permis de coupe sur les terres de la Couronne accordés en vertu de la *Loi sur les terres et forêts de la Couronne*, L.N.-B. 1980, ch. C-38.1.

[3] En mars 2014, la Province a publié une nouvelle Stratégie de gestion des forêts de la Couronne, qui prévoit une hausse de 21 % de l'allocation de coupe de résineux, une réduction de la superficie des terres forestières de la Couronne qui sont désignées comme zones naturelles protégées, celle-ci devant passer de 30 % à 23 %, et l'adoption d'une foresterie « axée sur les résultats ». La Province conclura une série d'ententes avec les titulaires de permis de coupe afin de mettre en œuvre la Stratégie de 2014. En février 2014, la Province a conclu un Protocole d'entente avec J.D. Irving Ltd. qui prévoit une hausse de l'allocation de résineux accordée à la compagnie Irving en contrepartie de l'engagement de celle-ci d'investir la somme de 513 000 000 \$. L'entente

prévoit également que les deux parties négocieront une nouvelle convention de foresterie axée sur les résultats, qui sera assortie d'une condition liant les parties à une durée initiale de 25 ans. En juillet 2014, la Province a signé un Protocole d'entente avec la compagnie Twin Rivers Paper Company Inc. portant sur l'allocation de bois accordée à cette compagnie et sur son engagement à investir dans l'amélioration de ses installations.

[4] Voici la chronologie des évènements qui a mené à la présente motion :

| Date | Évènement |
|---------------------|---|
| le 23 juillet 2014 | The Assembly of First Nations' Chiefs in New Brunswick Inc. adopte une résolution visant l'introduction de la présente instance. |
| le 14 août 2014 | Les appelants éventuels présentent leur dossier partiel sur la motion en injonction provisoire, sans préavis. |
| le 15 août 2014 | Les appelants éventuels présentent leur dossier complet sur la motion, dossier de 1 048 pages accompagné de 12 affidavits distincts. |
| le 18 août 2014 | La juge saisie de la demande procède à l'audition de la demande d'injonction provisoire de 10 jours. |
| le 22 août 2014 | La juge rejette la demande d'injonction provisoire de 10 jours. |
| le 28 août 2014 | Les appelants éventuels présentent un avis de motion en autorisation d'appel, sans préavis, motion dont la date d'audition est fixée au 5 septembre 2014. |
| le 3 septembre 2014 | Les appelants éventuels présentent leur dossier sur la motion en autorisation d'appel. |
| le 3 septembre 2014 | Les appelants éventuels présentent leur mémoire préalable à l'audience sur les points de droit. |
| le 8 septembre 2014 | Date fixée pour l'audition de la motion en autorisation d'appel par la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick. |

[5] Les appelants éventuels ont expliqué la raison pour laquelle ils n'ont pas intenté une action, à savoir que le par. 15(1) de la *Loi sur les procédures contre la*

Couronne, L.R.N.-B. 1973, ch. P-18, interdit cette mesure contre la Province à moins de signifier à celle-ci un avis de deux mois. Pour mettre les choses en perspective, les intimées éventuelles font valoir que rien n'empêchait de signifier un avis aux parties ne relevant pas de la Couronne ou, par ailleurs, d'aviser la Province de l'essence même de la poursuite.

[6] Les paragraphes 14(2) et (3) de la *Loi sur les procédures contre la Couronne* interdisent de rendre une injonction contre la Province. En conséquence, les appelants éventuels sollicitent une injonction contre les autres parties en se fondant sur le défaut de la Province de consulter les Premières Nations et de répondre aux besoins de celles-ci, portant ainsi atteinte à leurs droits procéduraux, et sur ce qu'ils considèrent être une violation des droits fondamentaux des Premières Nations, plus précisément des droits établis, issus de traités, en matière de chasse, de pêche et de cueillette. Pour résumer, les appelants éventuels ont présenté, dans le cadre d'une action éventuelle, une motion préliminaire afin d'obtenir une injonction provisoire pour empêcher temporairement la Province de conclure une entente d'aménagement forestier avec les titulaires de permis de coupe. Subsidièrement, ils ont sollicité une injonction provisoire destinée à empêcher la Province d'appliquer les conditions des ententes d'aménagement forestier, et ils ont demandé à la Cour d'ordonner diverses mesures de redressement déclaratoires ou d'exercer son pouvoir de contrôle inhérent pour veiller à ce que la Province remplisse ses obligations constitutionnelles à l'endroit des appelants éventuels.

II. Décision de la juge saisie de la demande

[7] Afin de trancher la question, la juge saisie de la demande était tenue d'appliquer le critère en trois volets énoncé dans l'arrêt *RJR – MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, [1994] A.C.S. n° 17 (QL). Ce faisant, elle devait examiner si le litige soulevait au moins une question importante à trancher ; déterminer si les appelants éventuels subirait un préjudice irréparable si l'« injonction » était refusée, et enfin ; déterminer laquelle des parties subirait le plus grand préjudice, selon que l'injonction provisoire était accordée ou refusée dans l'attente d'une décision

sur le fond de l'affaire. Le critère de l'arrêt *RJR – MacDonald Inc.* a été appliqué dans des arrêts récents de notre Cour, notamment *M R Martin Construction Inc. c. Bryn Holdings Ltd., Kitchen et Killam*, 2010 NBCA 48, 362 R.N.-B. (2^e) 147, et *Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada (section locale 772) c. Association unie des compagnons et apprentis de l'industrie de la plomberie et de la tuyauterie des États-Unis et du Canada*, 2013 NBCA 33, 404 R.N.-B. (2^e) 332 (ci-après « *Section locale 772* »).

[8] La juge saisie de la demande a appliqué le critère et rejeté la motion. Elle était d'avis que même si les appelants éventuels avaient établi l'existence d'une question importante à trancher, parce que, semble-t-il, le seuil qui déclenche l'application du premier critère est peu élevé, ils n'avaient pas réussi à établir qu'ils subiraient un préjudice irréparable si l'injonction était refusée et, par ailleurs, la prépondérance des inconvénients ne militait pas en faveur d'une injonction.

[9] Voici, plus précisément, les conclusions de la juge :

[TRADUCTION]

Cela nous mène donc à la question de savoir s'il est encore urgent d'accorder l'injonction. Comme je l'ai déjà mentionné, toutes les parties s'entendent sur le fait que la partie intimée n'atteindra pas le volume de coupe accru accordé en vertu des ententes d'aménagement forestier de 2014 avant quelque temps en 2015. Pour la commodité du raisonnement, et afin d'aborder la deuxième question, soit celle de savoir s'il existe ou non une preuve de préjudice irréparable, je puis affirmer, après un bref examen des documents déposés, et puisque j'ai conclu que la présente affaire n'est ni frivole ni vexatoire, que les requérants ont peut-être bien une question justiciable pour ce qui a trait à la consultation et à l'accommodement concernant les conditions de la stratégie de gestion des forêts.

[...]

Il faut répondre à une norme habituellement élevée pour conclure à l'existence d'un préjudice irréparable. Les requérants ont fait valoir que, s'agissant d'affaires mettant

en cause des peuples autochtones et portant sur une violation de l'obligation de consulter, la norme pourrait être assouplie. À ce stade, selon moi, les parties n'ont pas eu la possibilité de présenter une preuve de préjudice irréparable. Ainsi que l'a prétendu l'avocat de J.D.I. après avoir cité l'arrêt *Le Ministre des Travaux publics et des services gouvernementaux c. Bande indienne de Musqueam et Nation Squamish*, 2008 CAF 214, il est bien établi en droit que la consultation insuffisante ne constitue pas toujours un préjudice irréparable. Si l'affaire révèle que les requérants ont été tenus dans l'ombre, ils auront encore la possibilité de comparaître pour défendre leur prétention. À ce stade, selon moi, les faits ne sont pas suffisamment établis pour qu'il soit possible de trancher la question du préjudice irréparable. Chacun reconnaît que, selon l'arrêt *RJR – MacDonald*, préjudice irréparable s'entend non pas de l'ampleur du préjudice, mais de la nature de celui-ci. La perturbation des affaires gouvernementales n'est qu'une simple possibilité, pour le cas où l'injonction serait accordée. Pour ce qui est du préjudice qui serait causé aux intérêts des Autochtones, je conclus qu'à ce stade il ne s'est pas cristallisé. Ainsi que l'a fait remarquer l'avocat de la Province du Nouveau-Brunswick, le Rubicon n'a pas été franchi. Autrement dit, le « statu quo » régnera pour quelque temps encore.

À ce stade, l'argument fondé sur la prépondérance des inconvénients ne joue pas en faveur de l'octroi de l'injonction provisoire. Compte tenu de la preuve devant la Cour, il n'est pas possible pour le moment de soupeser les droits de toutes les parties; par conséquent, le « statu quo » sera maintenu. [par. 17, 19 et 20]

III. Norme de contrôle

[10] Qu'il s'agisse d'une motion en autorisation d'appel ou d'un appel proprement dit, la Cour entame toujours son analyse à la lumière de la norme de contrôle applicable à chaque question soulevée : *Roy c. Doucet*, 2005 NBCA 84, 288 R.N.-B. (2^e) 12, au par. 13, et *Godin c. Star-Key Enterprises et Carquest Canada*, 2006 NBCA 91, 305 R.N.-B. (2^e) 180, au par. 7. La norme de contrôle à appliquer en révision d'une décision judiciaire discrétionnaire est la norme la plus déférente possible : *Section locale*

772, au par. 4. Cette norme est décrite dans les arrêts *La Beaverbrook Canadian Foundation c. La Galerie d'art Beaverbrook*, 2006 NBCA 75, 302 R.N.-B. (2^e) 161, au par. 4, et *Section locale 772*, au par. 41. La Cour peut uniquement infirmer une décision judiciaire discrétionnaire si elle est fondée sur une erreur de droit, sur une erreur dans l'application des principes directeurs ou sur une erreur manifeste et dominante dans l'évaluation de la preuve.

IV. Règle 62.03(4)

[11] En règle générale, le juge qui entend la motion en autorisation d'appel et qui doit décider s'il y a lieu d'accorder une telle autorisation doit se borner à déterminer s'il a été satisfait à au moins un des critères énoncés à la règle 62.03(4) : *Coutu c. Gauthier Estate* (2005), 287 R.N.-B. (2^e) 292, [2005] A.N.-B. n^o 193 (C.A.) (QL), au par. 5; *Lévesque c. Michaud* (2006), 305 R.N.-B. (2^e) 97, [2006] A.N.-B. n^o 361 (C.A.) (QL), au par. 2; et *Flood c. Ouellette* (2006), 315 R.N.-B. (2^e) 83, [2006] A.N.-B. n^o 558 (C.A.) (QL). Ces critères sont :

- a) l'existence d'une décision contraire d'un autre juge ou d'un tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel;
- b) le bien-fondé de l'ordonnance ou de la décision en question;
- c) le fait que le projet d'appel soulève des questions d'une importance suffisante.

[12] Si l'une de ces questions obtient une réponse affirmative, la Cour a compétence résiduelle pour refuser l'autorisation d'appel. Dans l'arrêt *Bransfield (S.) Ltd. c. Fletcher et al.* (2003), 258 R.N.-B. (2^e) 28, [2003] A.N.-B. n^o 29 (C.A.) (QL), le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) a dit :

[TRADUCTION]

Dans l'arrêt *Breen c. MacIntosh et al.*, [2001] N.B.R. (2d) Uned. 59; [2001] A.N.-B. n^o 226 (C.A.), au paragraphe 6,

j'ai exprimé l'avis que le fait de remplir l'une ou plusieurs des conditions énoncées à la règle 62.03(4) n'obligeait pas de lui-même un juge à délivrer une ordonnance accordant l'autorisation d'appel. J'ai ajouté que la règle 62.03(4) investit le juge qui entend la motion du « pouvoir discrétionnaire résiduel de refuser l'autorisation, même lorsque l'une ou plusieurs des conditions préalables ont été remplies ». Je demeure fermement convaincu du bien-fondé de ce point de vue. [par. 15]

Voir aussi *Gay c. Régie régionale de la santé* 7, [2010] A.N.-B. n° 218, 361 R.N.-B. (2^e) 395 (C.A.) (QL), aux par. 1 et 2, où le juge d'appel Richard a conclu que même si l'un des critères énoncés à la règle 62.03 était rempli, il n'était pas, dans cette affaire, dans l'intérêt supérieur de la justice d'accorder l'autorisation.

[13] Je ne suis au courant d'aucune décision contraire qui aurait été rendue par un autre juge ou un autre tribunal sur une question soulevée dans le projet d'appel des appelants éventuels. À titre d'exemples de décisions concernant le type de décisions contraires envisagé par la règle 62.03(4), voir les arrêts *Williamson et autre c. Gillis et autre*, 2011 NBCA 53, 374 R.N.-B. (2^e) 311, et *Trifidus Inc. c. Samgo Innovations Inc. et autres*, 2012 NBCA 31, 386 R.N.-B. (2^e) 230.

[14] Chose plus importante, en examinant la présente motion en autorisation d'appel, je dois me demander si j'ai des doutes quant au bien-fondé de la décision. Pour ce faire, j'examinerai les moyens d'appel proposés. Les appelants éventuels font valoir que la juge saisie de la demande a commis les erreurs suivantes :

1. une erreur de droit en concluant qu'un manquement à l'obligation de consulter n'équivalait pas à un préjudice irréparable;
2. une erreur de droit en concluant que, pour satisfaire au critère du préjudice irréparable, les appelants éventuels devaient démontrer que toute atteinte à leurs droits ancestraux et issus de traités devait s'être « cristallisée » à la date de l'audience;

3. une erreur de droit en omettant d'appliquer le critère de l'admissibilité d'une preuve d'expert aux affidavits des appelants éventuels, ce qui est contraire à certaines décisions rendues par la Cour du Banc de la Reine du Nouveau-Brunswick et la Cour suprême du Canada;
4. certaines erreurs de fait manifestes et dominantes en concluant que les appelants éventuels ne risquent pas de subir un préjudice irréparable;
5. une erreur en omettant de tenir compte de toute la preuve et de tous les facteurs pertinents dont elle était saisie, ce qui, dans les circonstances, rendait déraisonnable sa décision discrétionnaire de ne pas accorder l'injonction;
6. une erreur en omettant d'examiner la réparation subsidiaire sous-tendant la demande des appelants éventuels.

[15] Les appelants éventuels ont isolé deux types de préjudice irréparable : il aurait été porté atteinte à leurs droits procéduraux par la Province lorsqu'elle a omis de les consulter, leur causant alors un préjudice irréparable actuel et continu; il aurait été porté atteinte à leurs droits fondamentaux, soit leurs droits établis – ancestraux et issus de traités – du fait du dommage irréparable qui sera causé à l'environnement.

[16] La nature du préjudice irréparable dans toute analyse de ce genre a été examinée dans l'arrêt *Imperial Sheet Metal Ltd. et autres c. Landry et Gray Metal Products Inc.*, 2007 NBCA 51, 315 R.N.-B. (2^e) 328, aux par. 28 à 30. J'adopterais les propos tenus par le juge Russell, dans *Fraser Papers Inc. c. Superintendent of Pensions*, 2007 NBBR 196, [2007] A.N.-B. n^o 193 (QL), où il a dit : [TRADUCTION] « La preuve d'un préjudice irréparable ne peut être inférée; elle doit être sans équivoque et non conjecturale. » (par. 14)

[17] Les appelants éventuels ne m'ont pas persuadée du fait que la juge saisie de la demande se soit mal enquis du droit à cet égard. Elle n'a pas commis d'erreur en concluant que la violation reprochée de l'obligation de consulter ne constituait pas un

préjudice irréparable. J.D. Irving Ltd. conteste le dossier de consultation présenté par les appelants éventuels et insiste sur le fait que la consultation se poursuit. À mon avis, le dossier révèle que la juge saisie de la demande ne disposait pas de la preuve nécessaire pour pouvoir déterminer si la consultation était insuffisante au point d'établir l'existence d'un préjudice irréparable. Une telle conclusion de sa part aurait été conjecturale. Comme elle l'a si bien fait remarquer, une consultation insuffisante ne constitue pas toujours un préjudice irréparable. Voir à ce sujet l'arrêt *Canada (Travaux publics et des Services gouvernementaux) c. Première Nation Musqueam*, 2008 CAF 214, [2008] A.C.F. n° 919 (QL), au par. 52.

[18] Les appelants éventuels se sont vivement opposés au terme employé par la juge lorsqu'elle a dit que l'atteinte reprochée aux droits ancestraux et issus de traités ne s'était pas [TRADUCTION] « cristallisée » à la date de l'audience. Elle a essentiellement conclu que les appelants éventuels n'avaient pas établi l'existence d'un préjudice réel. Lorsque le préjudice ne s'est pas encore produit, la Cour est appelée à prévoir si un préjudice sera causé à l'avenir, par conséquent, c'est la norme plus élevée afférente aux injonctions préventives qui s'applique : voir l'ouvrage intitulé *Injunctions and Specific Performance* (Toronto : Canada Law Book, 2013) (feuillets mobiles), ch. 1, aux pages 1-31 et 1-32, de l'auteur Robert J. Sharpe. Pour accorder une injonction en pareilles circonstances, il doit y avoir une très forte probabilité de préjudice. Il ne manquait pas d'hyperboles pour décrire la nature de l'atteinte qui serait causée à l'environnement, la Province caractérisant celle-ci de [TRADUCTION] « mort lente » et les appelants éventuels parlant de [TRADUCTION] « destruction d'un simple trait de stylo ». Toutefois, le dossier ne fait état d'aucun préjudice immédiat qui serait susceptible d'étayer l'octroi d'une injonction provisoire. En effet, dans leur mémoire, les appelants éventuels disent bien que [TRADUCTION] « la présente preuve par affidavit est nettement pertinente pour les arguments soulevés par les appelants éventuels, puisqu'elle aide à établir les répercussions probables sur leurs droits fondamentaux – ancestraux et issus de traités » (par. 59) (c'est moi qui souligne).

[19] Les appelants éventuels contestent la décision rendue par la juge saisie de la demande en faisant valoir qu'elle a omis d'appliquer le bon critère concernant l'admissibilité de la preuve. Elle a refusé de tenir compte des parties des affidavits des déposants qui prétendaient lui fournir une preuve d'expert. Selon les auteurs Sidney N. Lederman, Alan W. Bryant et Michelle K. Fuerst, *The Law of Evidence in Canada*, 4^e éd. (Markham, Ontario : LexisNexis Canada Inc., 2014), à la p. 787, la partie qui soumet la preuve d'expert a la charge de présentation et la charge de persuasion de satisfaire au critère de l'admissibilité énoncé dans l'arrêt *R. c. Mohan*, [1994] 2 R.C.S. 9, [1994] A.C.S. n^o 36 (QL) (à savoir la pertinence, la nécessité, l'absence de toute règle d'exclusion et la qualification suffisante de l'expert). Manifestement, la juge saisie de la demande n'a commis aucune erreur en ne tenant pas compte de la preuve inédite d'une source non qualifiée dans le cadre de cette motion préliminaire, et c'est à bon droit qu'elle a appliqué la règle dans le contexte de la présente affaire.

[20] S'agissant de la prépondérance des inconvénients, la juge saisie de la demande a brièvement mentionné cette norme en déclarant qu'elle jouait en faveur du statu quo. Rien de plus n'était nécessaire en l'espèce. Elle aurait pu renvoyer les parties à l'arrêt *Nation haïda c. Colombie-Britannique (Ministre des Forêts)*, 2004 CSC 73, [2004] 3 R.C.S. 511, où la juge en chef McLachlin, tout en reconnaissant qu'il était loisible aux Autochtones de solliciter des injonctions interlocutoires, a déclaré qu'un tel recours n'offrait parfois qu'une réparation partielle et imparfaite, et qu'il était possible qu'il « ne tienne pas suffisamment compte des intérêts autochtones avant qu'une décision définitive soit rendue au sujet de ceux-ci. » (par. 14) Voici une des raisons qu'elle donne :

[...] le critère de la balance [prépondérance] des inconvénients fait pencher la balance du côté de la protection des emplois et des recettes de l'État, de sorte que les intérêts autochtones tendent à « être écartés » totalement jusqu'à ce que la question en litige ait été tranchée de façon définitive, au lieu d'être convenablement mis en balance avec les préoccupations opposées [...] [par. 14]

[21] S'agissant du dernier critère de la règle 62.03(4), je ne suis pas d'avis que la nature de l'appel met en cause des questions d'une importance telle qu'il y a lieu d'accorder l'autorisation d'appel. Voir l'arrêt *Ministre de la Justice et de la Consommation c. J.R., C.R., ministre du Développement social, S.M.R. et R.M.*, 2010 NBCA 81, 365 R.N.-B. (2^e) 377. La question sous-jacente est d'intérêt extrême pour les parties, mais les principes juridiques afférents aux injonctions provisoires sont bien établis et ne justifient pas l'intervention de la Cour d'appel.

[22] Même si j'avais conclu que l'un des critères de la règle 62.03(4) a été rempli, j'aurais exercé mon pouvoir discrétionnaire résiduel pour refuser l'autorisation d'appel. Comme l'a fait remarquer le juge d'appel Drapeau (tel était alors son titre) dans l'arrêt *Bransfield*, l'importance relative de l'ordonnance interlocutoire dans le processus du litige et de l'autorisation d'appel entre en jeu à ce stade. À mon avis, la demande d'injonction est prématurée. Puisque l'action sous-jacente n'a pas été introduite, la violation reprochée de l'obligation de consulter manque de contexte et de détails. Il est prématuré de rendre une décision au sujet d'un préjudice qui n'est pas survenu; la consultation se poursuit et les intimées éventuelles ont fait valoir que les nouveaux volumes de coupe ne seront pas atteints avant février 2015. Enfin, si la juge saisie de la demande avait accordé l'injonction provisoire le 18 août 2014, elle aurait pris fin le 28 août 2014. À mon sens, tout appel de cette ordonnance est purement théorique.

[23] Par ailleurs, je ne suis pas persuadée que la juge saisie de la demande a commis une erreur de fait manifeste ou dominante ou qu'elle a omis de tenir compte d'une preuve pertinente. En définitive, elle n'a pas omis d'examiner la « réparation subsidiaire », celle-ci étant tributaire du même critère que celui de l'injonction provisoire. Autrement dit, la juge saisie de la demande a suivi les principes applicables et elle n'a pas commis d'erreur dans l'interprétation de la preuve au point qu'il s'ensuive une injustice. Sa décision est le parfait exemple d'une décision à l'égard de laquelle la Cour doit faire preuve de retenue. Voir l'arrêt *Burt c. Boyle et al.* (2011), 382 R.N.-B. (2^e) 206, [2011] A.N.-B. n^o 471 (C.A.) (QL), au par. 16.

[24] En conséquence, je rejetterais la présente motion en autorisation d'appel et j'ordonnerais aux appelants éventuels de verser des dépens de 1 000 \$ à chacune des intimées éventuelles.