

2006 FCA 415  
A-618-05

2006 CAF 415  
A-618-05

**Chief John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Less, Lester Fraynn, the elected Chief and Councillors of the Ermineskin Indian Band and Nation suing on their own behalf and on behalf of all the other members of the Ermineskin Indian Band and Nation (*Appellants*)**

v.

**Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Minister of Finance (*Respondents*)**

A-629-05

**Chief Victor Buffalo acting on his own behalf and on behalf of all the other members of the Samson Indian Nation and Band and The Samson Indian Band and Nation (*Appellants*)**

v.

**Her Majesty the Queen in right of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Minister of Finance (*Respondents*)**

and

**The Attorney General of the Province of Alberta (*Intervener*)**

and

**The Attorney General for the Province of Saskatchewan (*Intervener*)**

***INDEXED AS: ERMINESKIN INDIAN BAND AND NATION v. CANADA (F.C.A.) (CROSS REF: SAMSON INDIAN NATION AND BAND v. CANADA)***

Federal Court of Appeal, Richard C.J., Sexton and Sharlow JJ.A.—Ottawa, October 16-19, 23-26, 30-31, November 6-10 and December 20, 2006.

**Le chef John Ermineskin, Lawrence Wildcat, Gordon Lee, Art Littlechild, Maurice Wolfe, Curtis Ermineskin, Gerry Ermineskin, Earl Ermineskin, Rick Wolfe, Ken Cutarm, Brian Less, Lester Fraynn, le chef et les conseillers élus de la bande et nation indienne d'Ermineskin, agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres de la bande et nation indienne d'Ermineskin (*appelants*)**

c.

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord et le ministre des Finances (*intimés*)**

A-629-05

**Le chef Victor Buffalo, agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la nation et bande indienne de Samson et la bande et nation indienne de Samson (*appelants*)**

c.

**Sa Majesté la Reine du Chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord et le ministre des Finances (*intimés*)**

et

**Le procureur général de la province de l'Alberta (*intervenant*)**

et

**Le procureur général de la province de la Saskatchewan (*intervenant*)**

***RÉPERTORIÉ : BANDE ET NATION INDIENNE D'ERMINESKIN c. CANADA (C.A.F.) (RENVOI : NATION ET BANDE INDIENNE DE SAMSON c. CANADA)***

Cour d'appel fédérale, juge en chef Richard et juges Sexton et Sharlow, J.C.A.—Ottawa, 16 au 19, 23 au 26 et 30 au 31 octobre, 6 au 10 novembre et 20 décembre 2006.

*Aboriginal Peoples — Appeals from dismissal of actions brought as result of respondents' failure to invest royalties derived from oil and gas resources beneath appellants' reserves — Royalties, coming under definition of "public money" under Financial Administration Act (FAA) and under definition of "Indian moneys" (more specifically, "capital moneys") under Indian Act, deposited in Consolidated Revenue Fund pursuant to FAA, s. 17(1), interest credited pursuant to Order in Council made under Indian Act, s. 61(2) — Conditions for expenditure of capital moneys set out in Indian Act, s. 64 — That section not authorizing Crown to invest moneys in manner common-law trustee would invest them, i.e. by acquiring income-earning property, and Crown under no obligation to propose investment plan to appellants — Trial Judge's conclusion interest paid herein reasonable, not warranting intervention — Crown's obligations as trustee of appellants' royalties met in case at bar — Appeals dismissed — Per Sexton J.A. (dissenting): Indian Act not preventing Crown from investing Indian moneys — Crown should have devised, presented investment plans to appellants on ongoing basis for their consent.*

*Crown — Trusts — Actions by appellants with respect to accumulated royalties held in trust for them by respondents (Crown) in Consolidated Revenue Fund — Arguing Crown had duty to make income-earning investments with those royalties as would trustee at common law, failure to do so breach of trust — Because royalties capital moneys under Indian Act, their expenditure subject to Indian Act, s. 64 — That section not authorizing Crown's use of capital moneys to acquire income-earning investments as would common-law trustee — Per Sexton J.A. (dissenting): While legislation modifying Crown's duties, Crown primarily bound to perform as would trustee at common law — Crown breached its duties when handling appellants' royalty moneys.*

*Construction of Statutes — Royalties derived from exploitation of oil and gas resources beneath surface of appellants' reserves held in trust for them by respondents (Crown) — Statutory definition of "public money" in Financial Administration Act applying to royalties notwithstanding fact technically not belonging to Canada — Royalties therefore having to be paid into Consolidated*

*Peuples autochtones — Appels à l'encontre du rejet des actions intentées par suite de l'omission des intimés d'investir les redevances découlant des ressources pétrolières et gazières découvertes sous la surface des réserves des appelants — Les redevances, visées par la définition de « fonds publics » énoncée dans la Loi sur la gestion des finances publiques (la LGFP) et d'« argent des Indiens » (plus particulièrement, le « compte en capital ») énoncée dans la Loi sur les Indiens, ont été déposées au Trésor conformément à l'art. 17(1) de la LGFP et des intérêts ont été portés à leur crédit conformément à un décret pris en application de l'art. 61(2) de la Loi sur les Indiens — Les conditions applicables à la dépense de sommes d'argent au compte en capital sont énoncées à l'art. 64 de la Loi sur les Indiens — Cette disposition n'autorise pas la Couronne à investir l'argent de la façon dont un fiduciaire visé par les règles de common law l'investirait, c'est-à-dire en faisant l'acquisition de biens productifs de revenu et la Couronne n'était pas tenue de proposer un plan d'investissement aux appelants — Il n'y a aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance portant que l'intérêt versé en l'espèce était raisonnable — En l'espèce, la Couronne s'est acquittée de l'ensemble des obligations qui lui incombaient en qualité de fiduciaire des redevances des appelants — Appels rejetés — Le juge Sexton, J.C.A. (dissident) : La Loi sur les Indiens n'empêchait pas la Couronne d'investir l'argent des Indiens — La Couronne aurait dû concevoir et présenter des plans d'investissement aux appelants de façon continue et obtenir leur consentement.*

*Couronne — Fiducies — Actions intentées par les appelants à l'égard des redevances accumulées que les intimés (la Couronne) détenaient en leur nom au Trésor — Les appelants soutenaient que la Couronne était tenue d'affecter ces redevances à l'acquisition de placements productifs de revenu comme l'aurait fait un fiduciaire visé par les règles de common law et que l'omission d'agir ainsi constituait un abus de confiance — Étant donné que les redevances appartiennent au compte en capital en vertu de la Loi sur les Indiens, leur dépense est assujettie à l'art. 64 de cette loi — Cette disposition n'autorise pas la Couronne à investir les sommes d'argent du compte en capital de la façon dont un fiduciaire visé par les règles de common law l'investirait — Le juge Sexton, J.C.A. (dissident) : Même si la loi modifie les obligations de la Couronne, celle-ci demeure avant tout tenue d'agir comme le ferait le fiduciaire visé par les règles de common law — La Couronne a manqué à ses obligations lorsqu'elle s'est occupé des redevances des appelants.*

*Interprétation des lois — Les intimés (la Couronne) détenaient en fiducie les redevances découlant de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières découvertes sous la surface des réserves des appelants — La définition législative de « fonds publics » énoncée dans la Loi sur la gestion des finances publiques s'applique aux redevances bien qu'elles n'appartiennent pas, strictement*

*Revenue Fund, interest paid thereon — Royalties also “capital moneys” under Indian Act — S. 64 of that Act setting out permitted expenditures for such moneys — S. 64 not authorizing Crown to invest capital moneys in income-earning property, provision permitting such acquisitions having been repealed in 1951 — Furthermore, expression “authorize and direct expenditure of capital moneys of the band” in Indian Act, s. 64 not requiring Crown to propose investment plan to appellants — Financial Administration Act, ss. 18(2), 21(1) also of no assistance to appellants — Per Sexton J.A. (dissenting): Financial Administration Act, s. 17 (requiring public money to be deposited to credit of Receiver General), Indian Act, s. 61(2) (providing for payment of interest on Indian moneys held in Consolidated Revenue Fund) not evincing requisite clear intention to circumscribe common-law duties of trustee — 1951 amendments merely establishing new regime for making expenditures requiring band consent — Indian Act, s. 64(1)(k) authorizing investment of Indian moneys with such consent.*

*Constitutional Law — Charter of Rights — Equality Rights — Whether provisions of Indian Act dealing with management of Indian moneys contrary to Charter, s. 15 — Individual band members herein having no personal interest to enforce as claim relating to communal right (management of band property) — Charter, s. 15 of no assistance to them — Per Sexton J.A. (dissenting): Collective rights at issue not a bar to applicability of s. 15 — Conclusion Crown having no duty to invest subjecting appellants to discriminatory treatment in violation of s. 15 — Such violation not saved under s. 1.*

*Constitutional Law — Aboriginal and Treaty Rights — Appellants arguing rights in relation to their capital moneys treaty rights pursuant to Constitution Act, 1982, s. 35 — Nevertheless, repeal of statutory investment power in Indian Act not infringing any of their treaty rights.*

*Restitution — Unjust enrichment — Trial Judge’s assessment of evidence pertaining to argument Crown enriched by use of appellants’ capital moneys held in Consolidated Revenue Fund disclosing no error — No basis for interfering with conclusion Crown not enriched.*

*parlant, au Canada — Les redevances doivent donc être versées au Trésor et des intérêts sont portés à leur crédit — Les redevances constituent aussi des sommes d’argent du compte en capital au sens de la Loi sur les Indiens — L’art. 64 de cette loi énumère les dépenses permises — L’art. 64 n’autorise pas la Couronne à investir les sommes d’argent du compte en capital dans des biens productifs de revenu, la disposition prévoyant ces acquisitions ayant été abrogée en 1951 — Qui plus est, l’expression « autoriser et prescrire la dépense de sommes d’argent au compte en capital de la bande » paraissant à l’art. 64 de la Loi sur les Indiens n’oblige pas la Couronne à proposer un plan d’investissement aux appelants — Les appelants ne pouvaient pas invoquer les art. 18(2) et 21(1) de la Loi sur la gestion des finances publiques — Le juge Sexton, J.C.A. (dissident) : L’art. 17 de la Loi sur la gestion des finances publiques (prévoyant le dépôt de fonds publics au crédit du receveur général) et l’art. 61(2) de la Loi sur les Indiens (prévoyant le versement d’intérêt sur l’argent des Indiens détenu au Trésor) ne montrent pas l’intention claire de limiter les obligations qui incombent au fiduciaire selon la common law — Les modifications apportées en 1951 ont simplement eu pour effet de créer un nouveau régime visant les dépenses nécessitant le consentement de la bande — L’art. 64(1)(k) de la Loi sur les Indiens permet le placement de l’argent des Indiens avec ce consentement.*

*Droit constitutionnel — Charte des droits — Droits à l’égalité — Il s’agissait de savoir si les dispositions de la Loi sur les Indiens concernant la gestion de l’argent des Indiens violaient l’art. 15 de la Charte — Les membres des bandes en l’espèce n’avaient aucun intérêt à faire valoir puisque la réclamation dont il s’agissait visait un droit collectif (la gestion des biens de la bande) — Les appelants ne pouvaient invoquer l’art. 15 de la Charte — Le juge Sexton, J.C.A. (dissident) : Les droits collectifs en cause ne constituaient pas un obstacle à l’applicabilité de l’art. 15 — La conclusion selon laquelle la Couronne n’était pas tenue d’investir les sommes d’argent assujettit les appelants à un traitement discriminatoire à l’encontre de l’art. 15 — Un tel manquement ne pourrait être justifié au titre de l’article premier.*

*Droit constitutionnel — Droits ancestraux ou issus de traités — Les appelants ont fait valoir que leurs droits liés aux sommes d’argent de leur compte en capital étaient des droits issus de traités en vertu de l’art. 35 de la Loi constitutionnelle de 1982 — Néanmoins, l’abrogation du pouvoir d’investissement dans la Loi sur les Indiens ne porte pas atteinte à leurs droits issus de traités.*

*Restitution — Enrichissement sans cause — L’évaluation qu’a faite le juge de première instance de la preuve quant à l’enrichissement de la Couronne grâce aux sommes d’argent du compte en capital des appelants détenues au Trésor ne révélait aucune erreur — Il n’y avait aucune raison de*

These were two appeals from judgments of the Federal Court dismissing the appellants' actions in which they alleged that the Crown had breached its legal obligations in respect of certain funds, comprised mainly of accumulated royalties derived from the exploitation of oil and gas resources found beneath the surface of the Samson Indian Nation and Band and the Ermineskin Indian Band and Nation's reserves, held in trust for them.

Under the terms of Treaty No. 6, entered into in 1876 between the Crown and the appellant bands (among others), and the statutory scheme of the *Indian Act*, it was necessary for the appellants to surrender the oil and gas resources discovered under their reserves. Instruments of surrender were executed in 1946. Section 4 of the *Indian Oil and Gas Act* states that royalty payments are received by the Crown in trust for the bands. The Crown considered the royalties derived from the reserves to fall within the definition of "public money" in section 2 of the *Financial Administration Act* (FAA), and therefore deposited them as received in the Consolidated Revenue Fund (CRF) pursuant to subsection 17(1) of the FAA. The royalties also came within the definition of "Indian moneys" in section 2 of the *Indian Act*. Sections 61 to 69 of that Act deal with the management of those moneys, which are categorized as either "revenue moneys" or "capital moneys". Royalties fall under the category of capital moneys, and certain conditions (set out in section 64 of the *Indian Act*) must be met for the expenditure of those moneys (the list of permitted expenditures is set out at paragraphs 64(1)(a) to (k)).

Before Confederation and for some time after, the Crown exercised direct control of the management of all Indian moneys, which were held in trust and could be invested in commercial securities and municipal debentures. That investment power was not actually used after 1859, and the express reference to investment that once appeared in the *Indian Act* disappeared when the Act was substantially revised in 1951. For most of the period relevant to the appeals, the Crown took the position that it had no statutory authority to use the capital moneys standing to the credit of bands in the CRF to make income-earning investments, or to transfer it unconditionally to a trustee or to the bands themselves at their direction for investment purposes. Instead the Crown credited interest on all Indian moneys in the CRF in accordance with an Order in Council made under subsection 61(2) of the *Indian Act*. From time to time the Crown invited proposals for

*modifier la conclusion portant que la Couronne n'a pas bénéficié d'un enrichissement.*

Il s'agissait de deux appels à l'encontre de jugements de la Cour fédérale rejetant les actions des appelants fondées sur les allégations selon lesquelles la Couronne a manqué à ses obligations juridiques relatives à certaines sommes d'argent composées principalement des redevances accumulées découlant de l'exploitation des ressources pétrolières et gazières découvertes sous la surface des réserves de la nation et bande indienne de Samson et de la bande et la nation indienne d'Ermineskin et détenues en fiducie pour leur compte.

Selon les clauses du Traité n° 6 conclu en 1876 entre la Couronne et les bandes des appelants (entre autres) et le régime énoncé dans la *Loi sur les Indiens*, les appelants devaient céder les ressources pétrolières et gazières découvertes sous leurs réserves. Des actes de cession ont été signés en 1946. L'article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* dispose que la Couronne reçoit les redevances en fiducie pour les bandes. La Couronne considérait que les redevances découlant des réserves étaient visées par la définition des mots « fonds publics » figurant à l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (la LGFP) et les a donc déposées au Trésor au fur et à mesure qu'elle les a reçues conformément au paragraphe 17(1) de la LGFP. Les redevances constituaient aussi de l'« argent des Indiens » au sens de l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Les articles 61 à 69 de cette Loi traitent de l'administration de cet argent, qui est classé dans la catégorie de l'argent appartenant au « compte en capital » ou de l'argent appartenant au « compte de revenu ». Les redevances appartiennent à la catégorie des sommes d'argent du compte en capital et certaines conditions (énoncées à l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*) doivent être remplies aux fins de la « dépense » de ces sommes d'argent. (Les alinéas 64(1)a) à k) énumèrent les dépenses permises.)

Avant la Confédération et pendant quelque temps après celle-ci, la Couronne a exercé un contrôle direct sur l'administration de la totalité de l'argent des Indiens, qui était détenu en fiducie et pouvait être investi dans des titres commerciaux et dans des débentures municipales. Ce pouvoir d'investissement n'a pas été exercé après 1859, et la mention explicite du pouvoir d'investissement qui figurait auparavant à l'*Acte des Sauvages* a disparu lorsque la *Loi sur les Indiens* a été révisée en profondeur en 1951. Pendant la majeure partie de la période pertinente quant aux présents appels, la Couronne a soutenu qu'elle n'était nullement habilitée à utiliser les sommes d'argent du compte en capital détenues au Trésor au crédit des bandes afin d'effectuer des placements productifs de revenu ou de les transférer sans condition à un fiduciaire ou aux bandes elles-mêmes ou suivant leurs directives à des fins d'investissement. La Couronne a plutôt



an investment plan that could be assessed by the Minister in accordance with the requirements of section 61 and paragraph 64(1)(k) (expenditure for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band) of the *Indian Act*, but no such proposal was made by the appellants (until a proposal by Samson in 2005). Nor was any consensus ever reached with respect to the amendment of the *Indian Act*. Therefore, the Crown considered itself compelled to maintain its practice of retaining the capital moneys of bands in special accounts in the CRF, and paying interest in accordance with the applicable Orders in Council.

The appellants were of the view that the Crown, as trustee of their capital moneys, has and has always had a duty at common law to invest the capital moneys prudently, that the Crown's refusal to even consider doing so was a breach of trust, and that they have the right to sue for damages if the income that should have been earned by the prudent investment of their capital moneys would have exceeded the interest they received under the relevant Orders in Council.

The appellants claimed damages or equitable disgorgement based on mismanagement of hundreds of millions of dollars derived from their royalties.

*Held* (Sexton J.A. dissenting), the appeals should be dismissed.

*Per* Richard C.J. and Sharlow J.A.: The Crown was a trustee of the royalties held in the CRF. Because these royalties fell within paragraph 2(d) of the definition of "public money" in the FAA, the Crown had to pay the royalties into the CRF when they were received, thus creating a liability on the part of the Crown to pay those amounts to the appellants upon compliance with the conditions in section 64 of the *Indian Act*. This liability was a debt that bore interest. However, the Crown did not have a duty to invest the appellants' capital moneys as though it was a common-law trustee. Nothing in section 64 authorizes capital moneys of a band to be invested by the Crown in the manner in which a common-law trustee would invest it, that is, by acquiring income-earning property that the Crown in its sole discretion considers appropriate. That conclusion is reinforced by the fact that the *Indian Act* provision that gave the Crown the authority to invest capital moneys of a band held in trust was repealed in 1951, thus implying the removal of such authority. The appellants' capital moneys could not be used for any purpose unless the statutory conditions in section 64 were met.

porté des intérêts au crédit de toutes les sommes d'argent des Indiens détenues au Trésor conformément à un décret pris en application du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*. La Couronne a demandé à l'occasion des propositions relatives à l'élaboration d'un plan d'investissement que le ministre pourrait évaluer conformément aux exigences de l'article 61 et de l'alinéa 64(1)(k) (dépense pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande) de la *Loi sur les Indiens*, mais les appelants n'ont présenté de proposition de cette nature (jusqu'à ce que Samson présente en 2005 une proposition). Aucun consensus n'a été atteint non plus relativement à la modification de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, la Couronne s'estimait tenue de poursuivre sa pratique de conserver l'argent du compte en capital des bandes dans des comptes spéciaux du Trésor et de payer les intérêts conformément aux décrets applicables.

Les appelants estimaient que la Couronne, en qualité de fiduciaire de l'argent de leur compte en capital est et a toujours été tenue, en common law, d'investir cet argent de façon prudente, que le refus de la Couronne d'envisager la possibilité de le faire constituait un abus de confiance et qu'ils ont le droit de réclamer des dommages-intérêts lorsque le revenu qu'aurait dû générer l'investissement prudent des sommes d'argent de leurs comptes en capital aurait dépassé les intérêts qu'ils ont touchés en vertu des décrets pertinents.

Les appelants ont réclamé des dommages-intérêts ou une restitution selon l'équité sur le fondement de la mauvaise gestion de centaines de millions de dollars découlant de leurs redevances.

*Arrêt* (juge Sexton, J.C.A., dissident) : les appels doivent être rejetés.

Le juge en chef Richard et la juge Sharlow, J.C.A. : La Couronne était fiduciaire des redevances détenues au Trésor. Étant donné que ces redevances étaient visées par l'alinéa 2d) de la définition des « fonds publics » de la LGFP, la Couronne n'avait d'autre choix que de les verser au Trésor lorsqu'elle les recevait, obligeant ainsi la Couronne à payer ces montants aux appelants conformément aux conditions de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*. Cette obligation constituait une dette qui portait intérêt. Cependant, la Couronne n'était pas tenue d'investir l'argent du compte en capital des appelants comme si elle était un fiduciaire visé par les règles de common law. Aucun élément de l'article 64 n'autorise la Couronne à investir l'argent du compte en capital d'une bande de la façon dont le fiduciaire visé par les règles de common law l'investirait, c'est-à-dire en faisant l'acquisition de biens productifs de revenu que la Couronne seule estime souhaitables. La suppression, en 1951, de la disposition de l'*Acte des sauvages* qui conférait à la Couronne le pouvoir d'investir l'argent du compte en capital d'une bande qu'elle détenait en fiducie confirme cette conclusion, et laisse donc

One of these conditions was band council consent. The appellants conceded that their respective band councils had not given the requisite consent for the moneys to be invested.

The Crown did however have an obligation to pay a rate of return on Indian moneys held in the CRF in accordance with subsection 61(2) of the *Indian Act*. There was a sufficient evidentiary foundation to support the Judge's conclusion that the rates of interest paid were reasonable. And the Crown properly managed the rate of return pursuant to subsection 61(2) of the *Indian Act*, which provides for a rate to be fixed from "time to time", and appropriately consulted with the bands in that regard whenever the bands requested such consultations.

Subsection 21(1) of the FAA, which allows for money to be paid out of the CRF for the special purpose for which it was paid in, was of no assistance to the appellants as that subsection was subject to the *Indian Act*. Subsection 18(2) of the FAA, authorizing the Minister of Finance to invest public money, was also of no assistance as it contemplates the investment of the Crown's own money, not Indian moneys. The Crown was also under no obligation to propose an investment plan to the appellants, as such an obligation cannot be read into section 64 of the *Indian Act*, which empowers the Minister to "authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band" with the consent of the band council. This interpretation accords with the intention of Parliament to give the bands the initiative with respect to the use of their capital moneys.

The trial Judge approached the issue of whether the Crown was unjustly enriched by its use of the appellants' capital moneys while they were held in the CRF correctly when he asked himself what the Crown would have done had it not had access to these moneys, and a careful review of the relevant evidence disclosed no error in his assessment of the evidence on that point. There was therefore no basis for interfering with his conclusion that the Crown was not enriched.

The appellants also argued that, because they are Indians, they have been deprived by the *Indian Act* of the rights that are available to non-Indian individuals whose property is held in trust, contrary to section 15 of the *Canadian Charter of*

entendre que ce pouvoir a été retiré. L'argent du compte en capital des appelants ne pouvait être utilisé à quelque fin que ce soit à moins que les conditions énoncées à l'article 64 n'aient été réunies. Une de ces conditions réside dans le consentement du conseil de la bande. Les appelants ont admis que leurs conseils de bande respectifs n'avaient pas donné le consentement nécessaire.

La Couronne avait toutefois l'obligation de payer un taux de rendement sur l'argent des Indiens détenu au Trésor conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*. Il existait suffisamment d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance selon laquelle les taux d'intérêt étaient raisonnables. En outre, la Couronne a bien géré le taux de rendement conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, qui prévoit que les intérêts sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil, et elle a consulté les bandes de façon satisfaisante à cet égard chaque fois que celles-ci ont demandé cette consultation.

Les demandeurs ne pouvaient invoquer le paragraphe 21(1) de la LGFP, qui prévoit que des fonds peuvent être prélevés sur le Trésor aux fins particulières pour lesquelles ils y ont été versés, car il est assujéti à la *Loi sur les Indiens*. Ils ne pouvaient pas non plus invoquer le paragraphe 18(2) de la LGFP, qui autorise le ministre des Finances à investir des fonds publics, puisqu'il concerne l'investissement des fonds de la Couronne, pas l'argent des Indiens. De même, la Couronne n'était pas tenue de proposer un plan d'investissement aux appelants puisque cette obligation ne découle pas de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*, qui dispose que le ministre peut « autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande » avec le consentement du conseil de la bande. Cette interprétation va de pair avec l'intention du législateur de donner aux bandes l'initiative en ce qui concerne l'utilisation des sommes d'argent de leur compte en capital.

Le juge de première instance a examiné correctement la question de savoir si la Couronne a bénéficié d'un enrichissement sans cause lorsqu'elle a utilisé l'argent du compte en capital des appelants lorsqu'il était détenu au Trésor lorsqu'il s'est demandé ce que la Couronne aurait fait si elle n'avait pas eu à sa disposition cet argent, et un examen attentif des éléments de preuve pertinents ne révélait aucun erreur quant à la façon dont il a évalué la preuve sur ce point. Il n'y avait donc aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle la Couronne n'a pas bénéficié d'un enrichissement.

De même, les appelants ont ajouté que, parce qu'ils sont des Indiens, ils ont été privés par la *Loi sur les Indiens* des droits que peuvent faire valoir les autres personnes dont les biens sont détenus en fiducie, à l'encontre de l'article 15 de la

*Rights and Freedoms.* Even if the individual band members (as opposed to the appellant bands themselves, which were held not to have standing to make a Charter claim by the trial Judge) had standing to assert a section 15 claim, they had no interest to enforce, as there can be a remedy under subsection 15(1) of the Charter only where a personal right has been infringed, and the claim in this case was not a claim in relation to a personal right, but a claim in relation to the management of property of the band (a communal right).

The record contained nothing from which it could be inferred that the Crown promised that the statutory investment power in the *Indian Act* would remain forever unchanged. The repeal of that power was done after consultation, with no evidence of any objection by the appellants. It did not infringe or deprive them of any of their rights under Treaty No. 6, which they argued were constitutionally protected by section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

The Crown met all of its obligations as trustee of the appellants' royalties. These obligations required the Crown to deposit the royalties into the appropriate reserve or band capital account in the CRF, to pay interest at the rate stipulated by the applicable Order in Council, to maintain accurate accounts, to provide periodic reports to the appellants, to consider any requests by the appellants to authorize and direct expenditure of the capital moneys as proposed by a band council resolution, and to establish a rate of interest that was reasonable in the circumstances.

*Per* Sexton J.A. (dissenting): The trial Judge wrongly interpreted the *Indian Act* as not authorizing the Crown to invest Indian moneys. The Crown's principal failure was in neglecting to consider investment of the royalty moneys, to devise and present to the appellants investment plans on an ongoing basis and to seek their consent. The trial Judge also concluded incorrectly that the legislation "informs and defines the Crown's duty as trustee", and that as such the Crown is bound to hold the Indian moneys in the CRF and pay interest thereon. A proper analysis of the authorities revealed that while the legislation in an important respect modifies the Crown's duties, the Crown is primarily bound to perform as would a trustee at common law.

Section 17 of the FAA, and subsection 61(2) of the *Indian Act*, do not evince the requisite clear intention to circumscribe the common-law duties of a trustee. All that these sections

*Charte canadienne des droits et libertés.* Même si les membres des bandes (par opposition aux bandes elles-mêmes qui, selon le juge de première instance, non pas qualité pour invoquer un argument fondé sur la Charte) avaient qualité pour invoquer un argument fondé sur l'article 15, ils n'avaient aucun intérêt à faire valoir puisqu'un recours fondé sur le paragraphe 15(1) de la Charte ne peut être exercé que s'il y a eu atteinte à un droit personnel, et la réclamation dont s'il s'agissait en l'espèce ne concernait pas un droit personnel, mais plutôt la gestion des biens de la bande (un droit collectif).

Aucun élément du dossier ne permettait de déduire que la Couronne avait promis que le pouvoir d'investissement prévu dans l'*Acte des sauvages* demeurerait en vigueur à jamais. Ce pouvoir a été abrogé, après la tenue de consultations à ce sujet, sans qu'aucune objection n'ait apparemment été formulée par les appelants. L'abrogation de ce pouvoir ne privait pas les appelants de leurs droits découlant du Traité n° 6 ni ne portait atteinte à ces droits, qui, selon les appelants, bénéficient d'une protection constitutionnelle du fait de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

La Couronne s'est acquittée de l'ensemble des obligations qui lui incombait en qualité de fiduciaire des redevances des appelants. Ces obligations consistaient à déposer les redevances au Trésor, au crédit du compte en capital de la réserve ou de la bande concernée, à payer des intérêts au taux prescrit par le décret applicable, à tenir des comptes exacts, à remettre des rapports périodiques aux appelants, à examiner toute demande des appelants en vue d'autoriser et de prescrire une dépense des sommes d'argent du compte en capital de la façon proposée dans une résolution du conseil de la bande et de fixer un taux d'intérêt qui était raisonnable dans les circonstances.

Le juge Sexton, J.C.A. (dissent) : Le juge de première instance a interprété à tort la *Loi sur les Indiens* comme une loi qui n'autorisait pas la Couronne à investir l'argent des Indiens. La principale omission de la Couronne a été de négliger de songer à investir les redevances, de concevoir et de présenter aux appelants des plans d'investissement de façon continue et d'obtenir leur consentement. Le juge de première instance a aussi conclu à tort que la loi « précise et confirme les obligations de la Couronne en tant que fiduciaire » et que la Couronne est donc tenue de détenir l'argent des Indiens au Trésor et de verser des intérêts sur ces sommes d'argent. Une bonne analyse de la jurisprudence a révélé que, même si la loi modifie sous un aspect important les obligations de la Couronne, celle-ci demeure avant tout tenue d'agir comme le ferait le fiduciaire visé par les règles de common law.

L'article 17 de la LGFP et le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens* ne montrent pas l'intention claire de limiter les obligations qui incombent au fiduciaire selon la common law.

require is that when moneys are on deposit in the CRF, interest must be paid by the Crown. The Crown's power to invest was not removed by the 1951 *Indian Act* amendments. These amendments merely established a new regime for making expenditures that requires the Crown to seek band consent before investing trust moneys.

The Crown breached its duties when handling the appellants' royalty moneys. It made no attempt to set goals or objectives for the trust moneys, to seek expert advice about prudent investment strategies or to establish an investment plan to propose to the appellants. Nor did it monitor the appropriateness of the rate of interest paid on the royalty moneys in light of prevailing market conditions. In fact, it was far from clear that the interest paid on the royalty moneys was reasonable.

As to section 15 of the Charter, the fact that collective rights were at issue was not a bar to its applicability. Individual band members clearly have an interest in the moneys owned by the band in common for all members. Here, concluding that the Crown has no duty or power to invest the Indian moneys would subject Indians to inferior treatment based on their Indian status and membership in an Indian Band, which would appear to constitute discriminatory treatment on the part of the government in violation of subsection 15(1) of the Charter on the basis of race, or national or ethnic origin. Such a violation would not be justified under section 1 of the Charter.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

*An Act further to amend The Indian Act*, S.C. 1894, c. 32, s. 11.

*An Act to amend The Indian Act*, S.C. 1906, c. 20, s. 1.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1918, c. 26, s. 4.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1919, c. 56, s. 2.

*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1956, c. 40, s. 15.

*Canada Pension Plan Investment Board Act*, S.C. 1997, c. 40, s. 5 (as am. by S.C. 2003, c. 5, s. 13).

*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], ss. 1, 15.

Ces dispositions prévoient simplement que, lorsque des sommes d'argent sont déposées au Trésor, la Couronne doit verser des intérêts sur ces montants. Les modifications apportées en 1951 à la *Loi sur les Indiens* n'ont pas retiré le pouvoir d'investissement de la Couronne. Elles ont simplement eu pour effet de créer un nouveau régime visant les dépenses à l'égard desquelles la Couronne doit d'abord obtenir le consentement de la bande avant d'investir les sommes d'argent en fiducie.

La Couronne a manqué à ses obligations lorsqu'elle s'est occupé des redevances des appelants. Elle n'a pas tenté de fixer des buts ou des objectifs à l'égard des sommes d'argent détenues en fiducie, de consulter des experts au sujet des stratégies d'investissement prudentes à appliquer ou de mettre sur pied un plan d'investissement à proposer aux appelants. De plus, elle ne s'est pas demandé si le taux d'intérêt versé sur les redevances était approprié eu égard aux conditions du marché. En fait, il était loin d'être certain que le taux de rendement de l'argent des appelants était raisonnable.

Pour ce qui est de l'article 15 de la Charte, le fait que les droits en cause étaient des droits collectifs ne constituait pas un obstacle à l'applicabilité de la Charte. Les membres de la bande ont manifestement un droit sur l'argent que celle-ci possède pour l'ensemble de ses membres. Conclure en l'espèce que la Couronne n'avait pas le pouvoir ou le devoir d'investir l'argent des Indiens aurait eu pour effet d'exposer ceux-ci à un traitement inférieur en raison de leur statut d'Indiens et de leur appartenance à une bande indienne, ce qui semblerait constituer un traitement discriminatoire de la part du gouvernement en violation du paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'il s'agirait d'une forme de discrimination fondée sur la race ou sur l'origine nationale ou ethnique. Un tel manquement ne pourrait être justifié au titre de l'article premier de la Charte.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

*Acte contenant de nouvelles modifications à l'Acte des Sauvages*, S.C. 1894, ch. 32, art. 11.

*Acte des Sauvages*, S.R.C. 1886, ch. 43, art. 139 (édicte par S.C. 1894, ch. 32, art. 11).

*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 58, 59, 60.

*Acte modifiant l'Acte des sauvages*, S.C. 1906, ch. 20, art. 1.

*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28, art. 70.  
*Charte canadienne des droits et libertés*, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C.

- Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64, Art. 1278, 1339, 1343.
- Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 39 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10).
- Federal Courts Rules*, SOR/98-106, rr. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2), 403.
- Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11, s. 2 “public money” [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 98(F)], 17, 18 (as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 58; rep. by 1999, c. 26, s. 20), 21, 26, 27-41, 46 (as am. *idem*).
- Indian Act*, R.S.C. 1906, c. 81, s. 90.
- Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, ss. 92, 93.
- Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, s. 64.
- Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) “band”, “Indian moneys”, “reserve” (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), “surrendered lands”, 18(1), 37 (as am. *idem*, s. 2), 38 (as am. *idem*), 39(1) (as am. *idem*, s. 3), 53(1) (as am. *idem*, s. 5), 61, 62, 63, 64 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10), 64.1 (as enacted *idem*), 65, 66 (as am. *idem*, s. 12; S.C. 1996, c. 23, s. 187), 67, 68 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 13; S.C. 2002, c. 12, s. 152), 69.
- Indian Act (The)*, R.S.C. 1886, c. 43, s. 139 (as enacted by S.C. 1894, c. 32, s. 11).
- Indian Act (The)*, S.C. 1951, c. 29, s. 64 (as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 15).
- Indian Act, 1876 (The)*, S.C. 1876, c. 18, ss. 58, 59, 60.
- Indian Act, 1880 (The)*, S.C. 1880, c. 28, s. 70.
- Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, s. 4.
- Indian Oil and Gas Act*, S.C. 1974-75-76, c. 15.
- Interpretation Act*, R.S.C. 1927, c. 1, s. 21(1).
- Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, s. 14.
- Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15, ss. 40, 41.
- Order in Council P.C. 1969-1934.
- Order in Council P.C. 1981-3/255.
- Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34, s. 4 (as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34).
- Royal Proclamation, 1763 (The)*, R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1.
- Treaty No. 6 (1876).
- Trustee Act*, C.C.S.M. c. T160, s. 68.
- Trustee Act*, R.S.A. 2000, c. T-8, ss. 3 (as am. by S.A. 2001, c. 28, s. 2), 4(1) (as am. *idem*).
- Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c. 464, s. 15.1 (as enacted by S.B.C. 2002, c. 33, s. 23).
- Trustees Act*, R.S.N.B. 1973, c. T-15, s. 2.
- Trustee Act*, R.S.N.L. 1990, c. T-10, s. 3 (as am. by S.N.L. 2000, c. 28, s. 1).
- Trustee Act*, R.S.N.S. 1989, c. 479, s. 3 (as am. by S.N.S. 2002, c. 10, s. 45).
- Trustee Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-8, s. 2.
- Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23, s. 27 (as am. by S.O. (1985), appendice II, n° 44), art. 1, 15.
- Code civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64, art. 1278, 1339, 1343.
- Décret C.P. 1969-1934.
- Décret C.P. 1981-3/255.
- Judicature Act*, R.S.A. 1980, ch. J-1, art. 14.
- Limitations of Actions Act*, R.S.A. 1980, ch. L-15, art. 40, 41.
- Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35.
- Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, art. 92, 93.
- Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, ch. 81, art. 90.
- Loi d'interprétation*, S.R.C. 1927, ch. 1, art. 21(1).
- Loi modifiant la Loi des Sauvages*, S.C. 1918, ch. 26, art. 4.
- Loi modifiant la Loi des sauvages*, S.C. 1919, ch. 56, art. 2.
- Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1956, ch. 40, art. 15.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 39 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10).
- Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11, art. 2 « fonds publics » (mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 98(F)), 17, 18 (mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 58; abrogé par 1999, ch. 26, art. 20), 21, 26, 27 à 41, 46 (mod., *idem*).
- Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, art. 4.
- Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, S.C. 1974-75-76, ch. 15.
- Loi sur les fiduciaires*, C.P.L.M. ch. T160, art. 68.
- Loi sur les fiduciaires*, L.R.N.-B. 1973, ch. T-15, art. 2.
- Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23, art. 27 (mod. par L.O. 1998, ch. 18, ann. B, art. 16; 2001, ch. 9, ann. B, art. 13).
- Loi sur les fiduciaires*, L.R.T.N.-O. 1988, ch. T-8, art. 2.
- Loi sur les fiduciaires*, L.R.Y. 2002, ch. 223, art. 2.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) « argent des Indiens », « bande », « réserve » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), « terres cédées », 18(1), 37 (mod., *idem*, art. 2), 38 (mod., *idem*), 39(1) (mod., *idem*, art. 3), 53(1) (mod., *idem*, art. 5), 61, 62, 63, 64 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10), 64.1 (édicte, *idem*), 65, 66 (mod., *idem*, art. 12; L.C. 1996, ch. 23, art. 187), 67, 68 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 13; L.C. 2002, ch. 12, art. 152), 69.
- Loi sur les Indiens*, S.C. 1951, ch. 29, art. 64 (mod. par S.C. 1956, ch. 40, art. 15).
- Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, ch. I-6, art. 64.
- Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34, art. 4 (mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34).
- Loi sur l'Office d'investissement du régime de pensions du*

1998, c. 18, Sch. B, s. 16; 2001, c. 9, Sch. B, s. 13).  
*Trustee Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. T-8, s. 2 (as am. by  
 S.P.E.I. 1997, c. 51, s. 1).  
*Trustee Act*, R.S.S. 1978, c. T-23, s. 3 (as am. by S.S.  
 1998, c. 40, s. 3).  
*Trustee Act*, R.S.Y. 2002, c. 223, s. 2.

*Canada*, L.C. 1997, ch. 40, art. 5 (mod. par L.C. 2003,  
 ch. 5, art. 13).  
*Proclamation royale (1763)*, L.R.C. (1985), appendice II,  
 n° 1.  
*Règles des Cours fédérales*, DORS/98-106, règles 1 (mod.  
 par DORS/2004-283, art. 2), 403.  
 Traité n° 6 (1876).  
*Trustee Act*, R.S.A. 2000, ch. T-8, art. 3 (mod. par S.A.  
 2001, ch. 28, art. 2), 4(1) (mod., *idem*).  
*Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 464, art. 15.1 (édicte par  
 S.B.C. 2002, ch. 33, art. 23).  
*Trustee Act*, R.S.N.L. 1990, ch. T-10, art. 3 (mod. par  
 S.N.L. 2000, ch. 28, art. 1).  
*Trustee Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 479, art. 3 (mod. par  
 S.N.S. 2002, ch. 10, art. 45).  
*Trustee Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. T-8, art. 2 (mod. par  
 S.P.E.I. 1997, ch. 51, art. 1).  
*Trustee Act*, R.S.S. 1978, ch. T-23, art. 3 (mod. par S.S.  
 1998, ch. 40, art. 3).

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

*Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911; (2001), 199  
 D.L.R. (4th) 385; [2001] 3 C.N.L.R. 122; 83 C.R.R. (2d)  
 1; [2002] 3 C.T.C. 359; 269 N.R. 207; 5 T.T.R. (2d) 567;  
 2001 SCC 33; *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*,  
 [2005] 2 S.C.R. 601; (2005), 259 D.L.R. (4th) 193;  
 [2005] 5 C.T.C. 215; 2005 D.T.C. 5523; 340 N.R. 1;  
 2005 SCC 54; *Fales et al. v. Canada Permanent Trust*  
*Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; (1976), 70 D.L.R. (3d) 257;  
 [1976] 6 W.W.R. 10; 11 N.R. 48; *Garland v. Consumers'*  
*Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629; (2004), 237 D.L.R. (4th)  
 385; 43 B.L.R. (3d) 163; 9 E.T.R. (3d) 163; 186 O.A.C.  
 128; 319 N.R. 38; 2004 SCC 25.

##### CONSIDERED:

*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2005] 2  
 C.N.L.R. 358; 2005 FC 136; *Guerin et al. v. The Queen*  
*et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321;  
 [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1  
 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1;  
*Nechako Lakes School District No. 91 v. Patrick* (2002),  
 97 B.C.L.R. (3d) 364; [2002] 3 C.N.L.R. 116; 2002  
 BCSC 19; *Blueberry River Indian Band v. Canada*  
*Department of Indian Affairs and Northern*  
*Development*, [2001] 4 F.C. 451; (2001), 201 D.L.R.  
 (4th) 35; [2001] 3 C.N.L.R. 72; 6 C.P.C. (5th) 1; 274  
 N.R. 304; 2001 FCA 67; *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2  
 S.C.R. 235; (2002), 211 D.L.R. (4th) 577; [2002] 7  
 W.W.R. 1; 219 Sask. R. 1; 10 C.C.L.T. (3d) 157; 30  
 M.P.L.R. (3d) 1; 286 N.R. 1; 2002 SCC 33; *Baker*

#### JURISPRUDENCE CITÉE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES :

*Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911; 2001 CSC 33;  
*Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S.  
 601; 2005 D.T.C. 5547; 2005 CSC 54; *Fales et autres c.*  
*Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302;  
*Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629;  
 2004 CSC 25.

##### DÉCISIONS EXAMINÉES :

*Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF  
 136; *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2  
 R.C.S. 335; *Nechako Lakes School District No. 91 v.*  
*Patrick* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 364; [2002] 3 C.N.L.R.  
 116; 2002 BCSC 19; *Bande indienne de Blueberry River*  
*c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord*  
*canadien)*, [2001] 4 C.F. 451; 2001 CAF 67; *Housen c.*  
*Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235; 2002 CSC 33; *Baker*  
*Petrolite Corp. c. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003]  
 1 C.F. 49; 2002 CAF 158; *Authorson (Litigation*  
*guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2002), 215  
 D.L.R. (4th) 496; 35 C.P.C. (5th) 203; 160 O.A.C. 136  
 (C.A. Ont.); décision infirmée pour d'autres motifs  
*Authorson c. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 R.C.S.  
 40; 2003 CSC 39; *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S.

*Petrolite Corp. v. Canwell Enviro-Industries Ltd.*, [2003] 1 F.C. 49; (2002), 211 D.L.R. (4th) 696; 17 C.P.R. (4th) 478; 288 N.R. 201; 2002 FCA 158; *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2002), 215 D.L.R. (4th) 496; 35 C.P.C. (5th) 203; 160 O.A.C. 136 (Ont. C.A.); *revd on other grounds Authorson v. Canada (Attorney General)*, [2003] 2 S.C.R. 40; (2003), 227 D.L.R. (4th) 385; 4 Admin. L.R. (4th) 167; 36 C.C.P.B. 29; 109 C.R.R. (2d) 220; 306 N.R. 335; 175 O.A.C. 363; 2003 SCC 39; *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199; (1999), 180 Nfld & P.E.I.R. 269; 177 D.L.R. (4th) 73; 15 Admin. L.R. (3d) 274; 46 C.C.E.L. (2d) 165; 99 CLLC 210-047; 245 N.R. 275; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2005] 2 C.N.L.R. 358; 2005 FC 136; *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245; (2002), 220 D.L.R. (4th) 1; [2003] 1 C.N.L.R. 341; 297 N.R. 1; 2002 SCC 79; *Cowan and others v. Scargill and others*, [1984] 2 All E.R. 750 (Ch.); *Cheyenne-Arapaho Tribes of Indians v. United States*, 512 F.2d 1390 (Ct. Cl. 1975); *Carley Estate (Re)* (1994), 2 E.T.R. (2d) 142 (Ont. Gen. Div.); *Miller Estate (Re)* (1987), 26 E.T.R. 188 (Ont. Surr. Ct.); *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; (1997), 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.); *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48; [1999] 2 C.N.L.R. 60; (1998), 156 F.T.R. 1 (T.D.); *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2004), 249 D.L.R. (4th) 214; 44 C.C.P.B. 11; [2004] O.T.C. 1154 (Ont. S.C.J.); *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731; (1992), 95 D.L.R. (4th) 202; 75 C.C.C. (3d) 449; 16 C.R. (4th) 1; 140 N.R. 1; 56 O.A.C. 161; *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45; (2001), 194 D.L.R. (4th) 1; [2001] 6 W.W.R. 1; (2001), 88 B.C.L.R. (3d) 1; 146 B.C.A.C. 161; 150 C.C.C. (3d) 321; 39 C.R. (5th) 72; 86 C.R.R. (2d) 1; 2001 SCC 2; *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2004] 2 F.C.R. 108; [2004] 2 C.N.L.R. 118; (2003), 315 N.R. 76; 2003 FCA 473; *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*, [2005] 4 F.C.R. 272; [2005] 2 C.N.L.R. 192; (2005), 265 F.T.R. 162; 2005 FC 230; *affd* [2006] 2 C.N.L.R. 99; (2006), 139 C.R.R. (2d) 307; 2006 FCA 77; *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950; (2000), 188 D.L.R. (4th) 193; [2000] 4 C.N.L.R. 145; 75 C.R.R. (2d) 189; 255 N.R. 1; 134 O.A.C. 201; 2000 SCC 37; *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497; (1999), 170 D.L.R. (4th) 1; 43 C.C.E.L. (2d) 49; 236 N.R. 1; *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; (1986), 26 D.L.R. (4th) 200; 24 C.C.C. (3d) 321; 50 C.R. (3d) 1; 19 C.R.R. 308; 65 N.R.

199; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 136; *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245; 2002 CSC 79; *Cowan and others v. Scargill and others*, [1984] 2 All E.R. 750 (Ch.); *Cheyenne-Arapaho Tribes of Indians v. United States*, 512 F.2d 1390 (Ct. Cl. 1975); *Carley Estate (Re)* (1994), 2 E.T.R. (2d) 142 (Div. gén. Ont.); *Miller Estate (Re)* (1987), 26 E.T.R. 188 (Ont. Surr. Ct.); *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.); *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1<sup>re</sup> inst.); *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2004), 249 D.L.R. (4th) 214; 44 C.C.P.B. 11; [2004] O.T.C. 1154 (C.S.J. Ont.); *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731; *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45; 2001 CSC 2; *Première nation algonquienne d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.F. 108; 2003 CAF 473; *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*, [2005] 4 R.C.F. 272; 2005 CF 230; *conf. par* 2006 CAF 77; *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950; 2000 CSC 37; *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497; *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.); *Nilsson Livestock Ltd. v. MacDonald* (1993), 140 A.R. 214; 11 Alta. L.R. (3d) 155; 19 C.P.C. (3d) 66 (B.R.); *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Ltd.* (1994), 162 A.R. 35; [1995] 2 W.W.R. 153; 24 Alta. L.R. (3d) 305 (C.A.); *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534.

87; 14 O.A.C. 335; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Nilsson Livestock Ltd. v. MacDonald* (1993), 140 A.R. 214; 11 Alta. L.R. (3d) 155; 19 C.P.C. (3d) 66 (Q.B.); *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321; *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Ltd.* (1994), 162 A.R. 35; [1995] 2 W.W.R. 153; 24 Alta. L.R. (3d) 305 (C.A.); *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; (1991), 85 D.L.R. (4th) 129; [1992] 1 W.W.R. 245; 6 B.C.A.C. 1; 61 B.C.L.R. (2d) 1; 9 C.C.L.T. (2d) 1; 39 C.P.R. (3d) 449; 43 E.T.R. 201; 131 N.R. 321.

## REFERRED TO:

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634; (1995), 129 D.L.R. (4th) 609; [1996] 2 W.W.R. 77; 14 B.C.L.R. (3d) 1; 26 B.L.R. (2d) 169; 27 C.C.L.T. (2d) 1; 190 N.R. 241; *Nestle v. National Westminster Bank Plc*, [1992] EWCA Civ 12 (C.A.); *Long Plain First Nation Trust (Trustee of) v. Long Plain Indian Band* (2002), 162 Man. R. (2d) 166; 43 E.T.R. (2d) 266; 2002 MBQB 48; *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980; (1993), 101 D.L.R. (4th) 621; [1993] 3 W.W.R. 337; 77 B.C.L.R. (2d) 1; 23 B.C.A.C. 81; 48 E.T.R. 1; 150 N.R. 1; 44 R.F.L. (3d) 329.

## AUTHORS CITED

Ambachtseer, Keith P. and Don Ezra. *Pension Fund Excellence: Creating Value for Stakeholders*. N.Y.: Wiley, 1998.

Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development. *Project F2 Trust Fund Management: Final Report*, Vol. 1. Ottawa: DIAND, 1983.

Canada. House of Commons. Special Committee on Indian Self-Government. *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee*. Ottawa: Queen's Printer, 1983 (Chairman: Keith Penner).

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. Vol. 48, London: Butterworths, 1984.

## DÉCISIONS CITÉES :

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634; *Nestle v. National Westminster Bank Plc*, [1992] EWCA Civ 12 (C.A.); *Long Plain First Nation Trust (Trustee of) v. Long Plain Indian Band* (2002), 162 Man. R. (2d) 166; 43 E.T.R. (2d) 266; 2002 MBQB 48; *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980; [1993] R.D.F. 369.

## DOCTRINE CITÉE

Ambachtseer, Keith P. and Don Ezra. *Pension Fund Excellence : Creating Value for Stakeholders*. N.Y. : Wiley, 1998.

Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial*. Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983 (président : Keith Penner).

Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. *Project F2 Trust Fund Management : Final Report*, vol. 1. Ottawa : MAINC, 1983.

Commission de réforme du droit de l'Ontario. *Report of the Law of Trusts*. Toronto : Ministère du Procureur général, 1984.



Mowbray, J. Q.C. *et al. Lewin on Trusts*, 17th ed. London: Sweet & Maxwell, 2000.  
 Ontario Law Reform Commission. *Report on the Law of Trusts*. Toronto: Ministry of the Attorney General, 1984.  
*Restatement of the Law Third, Trusts: Prudent Investor Rule*. St. Paul, Minn.: American Law Institute, 1992.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto: Butterworths, 2002  
 Waters, Donovan W. M., Q.C., editor-in-chief, Mark Gillen and Lionel Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto: Thomson Carswell, 2005.

*Halsbury's Laws of England*, 4th ed. Vol. 48, London : Butterworths, 1984.

Mowbray, J. Q.C. *et al. Lewin on Trusts*, 17th ed. London : Sweet & Maxwell, 2000.

*Restatement of the Law Third, Trusts : Prudent Investor Rule*. St. Paul, Minn. : American Law Institute, 1992.  
 Sullivan, Ruth. *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. Toronto : Butterworths, 2002.

Waters, Donovan W. M., Q.C., editor-in-chief, Mark Gillen and Lionel Smith, eds. *Waters' Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. Toronto : Thomson Carswell, 2005.

APPEALS from decisions of the Federal Court (*Ermineskin Indian Band and Nations v. Canada* (2005), 269 F.T.R. 188; 2005 FC 1623; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2006] 1 C.N.L.R. 100; (2005), 269 F.T.R. 1; 2005 FC 1622) dismissing the appellants' actions brought as a result of the respondents' failure to invest capital moneys it held in trust for them. Appeals dismissed, Sexton J.A. dissenting.

APPELS de décisions de la Cour fédérale (*Bande et nation indienne d'Ermineskin c. Canada*, 2005 CF 1623; *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 1622) rejetant les actions intentées par les appelants par suite de l'omission des intimés d'investir les sommes d'argent du compte en capital qu'ils détenaient en fiducie au nom des appelants. Appels rejetés, juge Sexton, J.C.A., dissident.

#### APPEARANCES:

*Marvin R. V. Storrow, Q.C., Joseph C. McArthur, Maria A. Morellato and Joanne Lysyk* for appellants Chief John Ermineskin et al.  
*James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, Q.C., Marco S. Poretti, Nathan J. Whiting and Peter W. Hutchins* for appellants Chief Victor Buffalo et al.  
*W. Clarke Hunter, Wendy K. McCallum, Mary E. Comeau and J. Raymond Chartier* for respondents.  
*S. H. S. Rutwind, Q.C. and Sandra C. M. Folkins* for intervener Attorney General of Alberta.  
 No one appearing for intervener Attorney General for Saskatchewan.

#### ONT COMPARU :

*Marvin R. V. Storrow, c.r., Joseph C. McArthur, Maria A. Morellato et Joanne Lysyk* pour les appelants le chef John Ermineskin et autres.  
*James A. O'Reilly, Edward H. Molstad, c.r., Marco S. Poretti, Nathan J. Whiting et Peter W. Hutchins* pour les appelants le chef Victor Buffalo et autres.  
*W. Clarke Hunter, Wendy K. McCallum, Mary E. Comeau et J. Raymond Chartier* pour les intimés.  
*S. H. S. Rutwind, c.r. et Sandra C. M. Folkins* pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.  
 Aucune comparution pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

#### SOLICITORS OF RECORD:

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Vancouver, for appellants Chief John Ermineskin et al.  
*O'Reilly & Associés*, Montréal, *Parlee McLaws LLP*, Edmonton and *Hutchins & Associés*, Montréal, for appellants Chief Victor Buffalo et al.  
*Macleod Dixon LLP*, Calgary, for respondents.  
*The Attorney General of Alberta*, Calgary, for intervener Attorney General of Alberta.

#### AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER :

*Blake, Cassels & Graydon LLP*, Vancouver, pour les appelants le chef John Ermineskin et autres.  
*O'Reilly & Associés*, Montréal, *Parlee McLaws LLP*, Edmonton et *Hutchins & Associés*, Montréal, pour les appelants le chef Victor Buffalo et autres.  
*Macleod Dixon LLP*, Calgary, pour les intimés.  
*Le procureur général de l'Alberta*, Calgary, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

[1] RICHARD C.J. AND SHARLOW J.A.: These two appeals, heard together, are from judgments of the Federal Court rendered on November 30, 2005 after a very long trial of two actions that were heard together. The appeal in A-618-05 (the *Ermineskin* appeal) is from *Ermineskin Indian Band and Nations v. Canada* (2005), 269 F.T.R. 188 (F.C.). The appeal in A-629-05 (the *Samson* appeal) is from *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2006] 1 C.N.L.R. 100 (F.C.).

[2] We have concluded that these appeals must be dismissed. Our reasons are set out below under the following headings: \*

#### I. The parties

[3] The appellants in the *Ermineskin* appeal (collectively, *Ermineskin*) are Chief John *Ermineskin* and the councillors of the *Ermineskin Indian Band and Nations* (the *Ermineskin Nation*), acting on their own behalf and on behalf of all of the other members of the *Ermineskin Nations*. The appellants in the *Samson* appeal (collectively, *Samson*) are the *Samson Indian Nation and Band* (the *Samson Nation*), and Chief Victor Buffalo of the *Samson Nation*, acting on his own behalf and on behalf of all of the other members of the *Samson Nation*.

[4] The *Ermineskin Nation* and the *Samson Nation* are “band[s]” within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [subsection 2(1)]. They are also “bands” that are entitled to the benefit of Treaty No. 6, entered into in 1876 between the Crown and the Plain and Wood Cree and other Indians then living in the area covered by Treaty No. 6.

[5] The respondents are the Crown in right of Canada, the Minister of Indian Affairs and Northern

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

[1] LE JUGE EN CHEF RICHARD ET LA JUGE SHARLOW J.C.A. : Il s’agit de deux appels entendus ensemble à l’égard de jugements que la Cour fédérale a rendus le 30 novembre 2005 après une très longue instruction de deux actions également entendues ensemble. L’appel dans le dossier A-618-05 (l’appel d’*Ermineskin*) est interjeté à l’égard de la décision rendue dans *Bande et nation indienne d’Ermineskin c. Canada*, 2005 CF 1623, tandis que l’appel dans le dossier A-629-05 (l’appel de *Samson*) est interjeté à l’égard de la décision rendue dans *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 1622.

[2] Nous avons conclu que les présents appels doivent être rejetés. Nos motifs sont exposés ci-après sous les rubriques suivantes :\*

#### I. Les parties

[3] Les appelants dans l’appel d’*Ermineskin* (collectivement *Ermineskin*) sont le chef John *Ermineskin* et les conseillers de la bande et des nations indiennes d’*Ermineskin* (la nation d’*Ermineskin*), agissant en leur propre nom et au nom de tous les autres membres des nations d’*Ermineskin*. Les appelants dans l’appel de *Samson* (collectivement *Samson*) sont la nation et bande indienne de *Samson* (la nation de *Samson*) et le chef Victor Buffalo de la nation de *Samson*, agissant en son propre nom et au nom de tous les autres membres de la nation de *Samson*.

[4] La nation d’*Ermineskin* et la nation de *Samson* sont des « bande[s] » au sens de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [paragraphe 2(1)]. Elles sont également des « bandes » ayant droit aux avantages qu’offre le Traité n° 6 conclu en 1876 entre la Couronne et les Cris des Plaines et des Bois ainsi que d’autres Indiens qui vivaient alors dans le territoire visé par ledit Traité n° 6.

[5] Les intimés sont la Couronne du chef du Canada, le ministre des Affaires indiennes et du Nord et le

\* Editor’s Note: The Table of Contents has been omitted for reasons of brevity.

\* Note de l’arrêtiiste : La table des matières a été omise pour des raison de concision.

Development, and the Minister of Finance. For ease of reference, we use the expression “the Crown” to refer to the respondents. The Minister of Indian Affairs and Northern Development, who is responsible for the administration of the *Indian Act*, will be referred to as the “Minister”.

## II. Preliminary matters

### (a) The severance of the actions into phases

[6] Both actions involve a large number of claims, and both have been divided into phases. In the trials that led to the judgments under appeal, evidence was adduced in respect of only the first two phases, referred to as the “general and historical phase” and the “money management phase”.

[7] The evidence presented as part of the general and historical phase apparently was intended to provide historical and other background evidence relating to the specific claims in all phases of the actions, including the money management phase. Evidence adduced in relation to the first two phases of the action will be treated as part of the record of the trial in the remaining phases to the extent it is relevant.

[8] The claims made in relation to the money management phase are based on allegations that the Crown has breached one or more of its legal obligations in respect of certain funds held in trust for Ermineskin and Samson.

[9] The trust funds are comprised mainly of accumulated royalties derived from the exploitation of oil and gas resources found beneath the surface of the Samson Reserve (which belongs to the Samson Nation), and the Pigeon Lake Reserve (which is shared by the members of four bands, often referred to as the “Four Bands”: the Ermineskin Nation, the Samson Nation, and two other bands that are not parties to these appeals). The Ermineskin Nation also has its own reserve (the Ermineskin Reserve), but that reserve has not yet produced any royalties. The events that led to the

ministre des Finances. Par souci de commodité, nous utilisons l’expression « la Couronne » pour désigner les intimés. Le ministre des Affaires indiennes et du Nord, qui est responsable de l’administration de la *Loi sur les Indiens*, sera appelé le « ministre ».

## II. Questions préliminaires

### a) La séparation des actions en phases

[6] Les deux actions concernent un grand nombre de réclamations et ont été scindées en différentes phases. Au cours des instructions qui ont mené aux jugements faisant l’objet des appels, la preuve présentée a porté uniquement sur les deux premières phases, appelées la « phase des données générales et historiques » et la « phase de l’administration de l’argent ».

[7] La preuve présentée au sujet de la phase des données générales et historiques visait apparemment à fournir des données historiques et d’autres données de base concernant les réclamations précises formulées dans toutes les phases des actions, y compris la phase de l’administration de l’argent. La preuve présentée au sujet des deux premières phases de l’action sera considérée comme une preuve faisant partie du dossier de l’instruction dans les autres phases, dans la mesure où elle sera pertinente.

[8] Les réclamations formulées au sujet de la phase de l’administration de l’argent sont fondées sur les allégations selon lesquelles la Couronne a manqué à au moins une de ses obligations juridiques relatives à certaines sommes d’argent détenues en fiducie pour Ermineskin et Samson.

[9] Les fonds en fiducie se composent principalement des redevances accumulées découlant de l’exploitation des ressources pétrolières et gazières découvertes sous la surface de la réserve de Samson (qui appartient à la nation de Samson) et de la réserve du lac Pigeon (qui appartient aux membres de quatre bandes, souvent appelées les « quatre bandes » : la nation d’Ermineskin, la nation de Samson et deux autres bandes qui ne sont pas parties aux présents appels). La nation d’Ermineskin possède également sa propre réserve (la réserve d’Ermineskin), mais cette réserve n’a pas encore produit

Crown's receipt of the royalties are described later in these reasons.

(b) Scope of the judgments under appeal

[10] The judgments under appeal state that the actions are dismissed. All parties agree that those judgments must be understood as dismissing only the claims of Ermineskin and Samson in relation to the money management phase, except the claims of Samson that became moot as the result of the transfer of the Samson trust funds pursuant to a series of orders made by the Judge in 2005 (described below).

[11] The claims in the remaining phases of the actions have yet to be heard. All parties agree, as they must, that the judgments under appeal do not dispose of any claims that have not been heard.

(c) Grounds of appeal relating to evidentiary rulings

[12] In the course of the trial, numerous objections were made in relation to the admissibility of evidence, and the Judge made rulings on those objections. Samson and Ermineskin raised several grounds of appeal in relation to evidentiary rulings against them. The Crown responded to those arguments, and also made a number of arguments of its own relating to evidentiary rulings against the Crown. As a result, each memorandum of fact and law contains a detailed review of the many alleged errors of the Judge in relation to those evidentiary rulings, and significant time was spent on oral argument on those issues. However, on the view we have taken of the substantive issues in this case, we have not considered it necessary to express an opinion on the evidentiary issues.

(d) Transfer of Samson trust funds to the control of the Samson Nation

[13] One of the remedies requested in the Samson pleadings at trial is an order requiring the Crown to

de redevances. Les événements par suite desquels la Couronne a reçu les redevances sont décrits plus loin dans les présents motifs.

b) La portée des jugements faisant l'objet des appels

[10] Selon le dispositif des jugements faisant l'objet des appels, les actions ont été rejetées. Toutes les parties conviennent que ce rejet concerne uniquement les réclamations d'Ermineskin et de Samson qui se rapportent à la phase de l'administration de l'argent, sauf dans le cas des réclamations de Samson qui sont devenues théoriques par suite du transfert des fonds en fiducie de Samson conformément à une série d'ordonnances que le juge de première instance a rendues en 2005 (lesquelles sont décrites ci-dessous).

[11] Les réclamations concernant les autres phases des actions n'ont pas encore été entendues. Toutes les parties conviennent, comme elles doivent le faire, que les jugements faisant l'objet des appels n'ont pas encore été entendues.

c) Les motifs d'appel concernant les décisions relatives à la preuve

[12] Au cours de l'instruction, de nombreuses objections concernant l'admissibilité de la preuve ont été formulées et le juge de première instance a rendu des décisions au sujet de ces objections. Samson et Ermineskin ont soulevé plusieurs motifs d'appel concernant les décisions relatives à la preuve qui ont été rendues contre elles. La Couronne a répondu à ces arguments et a formulé ses propres arguments au sujet des décisions relatives à la preuve qui ont été rendues contre elle. En conséquence, chaque mémoire des faits et du droit comporte un examen détaillé des nombreuses erreurs reprochées au juge de première instance relativement à ces décisions et beaucoup de temps a été consacré à ces questions pendant les plaidoiries. Cependant, eu égard à notre opinion au sujet des questions de fond dans la présente affaire, nous n'avons pas estimé nécessaire d'exprimer d'avis sur les questions relatives à la preuve.

d) Le transfert des fonds en fiducie de Samson au contrôle de la nation de Samson

[13] Une des réparations sollicitées dans les actes de procédure de Samson à l'instruction est une ordonnance

transfer all of Samson's capital moneys to the control of the Samson Nation. During the submissions at the close of the trial, the Crown indicated its willingness to make such a transfer, subject to certain conditions. Accordingly, the Judge made an order on January 27, 2005 setting out the steps to be taken to effect the transfer, and the conditions to be met before the transfer could occur (see *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2005] 2 C.N.L.R. 358 (F.C.)).

[14] The conditions were that: (1) the Samson Nation execute a trust agreement with certain provisions, subject to the approval of the Court; (2) the Crown be released from any future liability in relation to the Samson capital money; (3) the approval of Samson be obtained by means of a referendum meeting certain conditions; (4) the Council of the Samson Nation submit to the Minister a band council resolution containing certain information; and (5) any capital money received by the Crown for Samson in future was to be transferred to Samson on terms to be agreed between Samson and the Crown, or failing that, as determined by the Court. In the same order, the Judge declared that the transfer would be for the benefit of the Samson Nation, and that it was authorized by paragraph 64(1)(k) [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10] of the *Indian Act*.

[15] Paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act* is discussed later in these reasons. At this point it is convenient to mention parenthetically a minor legal argument about its scope. Section 64 of the *Indian Act* sets out the conditions that must be met for the "expenditure" of the capital moneys of a band. Paragraphs 64(1)(a) to (k) list the permitted expenditures. Paragraph 64(1)(k), the most general item of that list, includes as a condition that the Minister be of the opinion that the expenditure is for the benefit of the band. There was some debate in these appeals as to whether the word "expenditure" is broad enough to cover the transfer of capital moneys to a trust fund as contemplated by the January 27, 2005 order referred to above, or the use of the capital moneys to

enjoignant à la Couronne de transférer toutes les sommes d'argent du compte de capital de Samson au contrôle de la nation de Samson. Au cours des observations formulées à la fin de l'instruction, la Couronne a exprimé sa volonté de procéder à ce transfert, sous réserve de certaines conditions. En conséquence, le 27 janvier 2005, le juge a rendu une ordonnance énonçant les mesures à prendre pour effectuer le transfert et les conditions qui devaient être respectées avant que le transfert puisse avoir lieu (voir *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 136).

[14] Les conditions étaient les suivantes : 1) la nation de Samson devait signer une convention de fiducie comportant certaines dispositions satisfaisantes pour la Cour; 2) la Couronne devait être exonérée de toute responsabilité future concernant le traitement des deniers versés au compte de capital de Samson; 3) l'approbation de Samson devait être obtenue au moyen d'un référendum respectant certaines conditions; 4) le conseil de la nation de Samson devait présenter au ministre une résolution du conseil de bande comportant certains renseignements; et 5) les futurs deniers versés aux comptes de capital de la Couronne au profit de Samson devaient être transférés à Samson conformément aux arrangements convenus entre Samson et la Couronne ou, à défaut, déterminés par la Cour. Dans la même ordonnance, le juge a déclaré que le transfert serait au profit de la nation de Samson et qu'il était autorisé par l'alinéa 64(1)k [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10] de la *Loi sur les Indiens*.

[15] L'alinéa 64(1)k de la *Loi sur les Indiens* est commenté plus loin dans les présents motifs. Il convient à ce moment-ci de souligner entre parenthèses un argument juridique mineur formulé au sujet de la portée de cette disposition. L'article 64 de la *Loi sur les Indiens* énonce les conditions à respecter aux fins de la « dépense » des sommes d'argent au compte en capital d'une bande indienne. Les alinéas 64(1)a) à k) énumèrent les dépenses permises. L'alinéa 64(1)k, l'élément le plus général de la liste, prévoit que le ministre doit être d'avis que la dépense est à l'avantage de la bande. La question de savoir si le mot « dépense » est suffisamment large pour englober le transfert de sommes d'argent du compte en capital à un fonds en

purchase an income-earning investment. In our view, it is. The word “expenditure” connotes “spending,” and is broad enough to include any use of money to acquire something. Thus, a transfer of the capital moneys of a band to a trustee or trustees for the purpose of acquiring income-earning investments for the band is an “expenditure” within the meaning of section 64. Such a transaction is permitted by paragraph 64(1)(k), if the statutory conditions are met.

[16] On October 17, 2005, the Judge made an order approving the terms of a trust deed dated July 21, 2005 (the Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed) under which it was proposed to transfer the Samson capital moneys to a trust fund (the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund), and the holding of a referendum to approve the transfer. On October 31, 2005, the Judge made (a) an order approving an amendment to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed, (b) an order approving the terms of Samson’s release of the Crown, to take effect upon the transfer of the moneys, and (c) an order confirming the appointment of trustees for the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund and the referendum regulations and procedure.

[17] On December 22, 2005, the Judge declared that the conditions for the transfer of Samson’s capital money to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund had been met, and he approved the transfer, subject to a small holdback and other relatively minor conditions. The transfer was implemented on February 1, 2006.

[18] It was one of the claims of Samson at trial that it has an Aboriginal right to manage its own moneys. Counsel for Samson properly conceded that this claim was rendered moot by the transfer of Samson’s capital moneys to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund. The remaining claims of Samson in the money management

fiducie, comme le prévoit l’ordonnance du 27 janvier 2005 susmentionnée, ou l’utilisation des deniers versés au compte de capital pour acheter un placement productif de revenu a été débattue au cours des présents appels. À notre avis, la réponse est affirmative. Le mot « dépense » renvoie au fait de dépenser et est suffisamment large pour viser toute utilisation de sommes d’argent pour acquérir quelque chose. En conséquence, le transfert des sommes d’argent du compte de capital d’une bande à un ou plusieurs fiduciaires pour l’acquisition de placements productifs de revenu pour la bande constitue une « dépense » au sens de l’article 64. Cette opération est autorisée par l’alinéa 64(1)k lorsque les conditions législatives sont respectées.

[16] Le 17 octobre 2005, le juge a rendu une ordonnance par laquelle il a approuvé les conditions d’un acte de fiducie daté du 21 juillet 2005 (le Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed) qui prévoyait le transfert des sommes d’argent du compte de capital de Samson à un fonds de fiducie (le Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund), ainsi que la tenue d’un référendum visant à approuver le transfert. Le 31 octobre 2005, le juge a rendu a) une ordonnance approuvant une modification du Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed, b) une ordonnance approuvant les conditions de l’exonération de responsabilité accordée par Samson à la Couronne, qui devait entrer en vigueur dès le transfert des sommes d’argent et c) une ordonnance confirmant la nomination des fiduciaires du Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund ainsi que des règlements et de la procédure du référendum.

[17] Le 22 décembre 2005, le juge a déclaré que les conditions relatives au transfert des sommes d’argent du compte de capital au Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund avaient été respectées et il a approuvé le transfert en question, sous réserve de la retenue d’un petit montant et d’autres conditions relativement mineures. Le transfert a été mis en œuvre le 1<sup>er</sup> février 2006.

[18] Au cours de l’instruction, Samson a soutenu, notamment, qu’elle possédait un droit ancestral l’autorisant à gérer ses propres sommes d’argent. L’avocat de Samson a admis à juste titre que cette allégation était devenue désuète par suite du transfert des sommes d’argent du compte de capital de Samson au

phase deal only with the acts and omissions of the Crown during the period ending on February 1, 2006.

[19] No appeal was taken from any of the orders of the Judge relating to the establishment of the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund and the transfer of Samson's capital moneys to that trust fund.

[20] Ermineskin did not seek an order requiring the transfer of its capital moneys to its control or to a trust fund, and has not claimed that it has an Aboriginal right to manage its capital moneys. Ermineskin was aware of the orders and transactions involving the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund, but as of the date of the hearing of these appeals, Ermineskin had not chosen to undertake a similar arrangement.

### III. Reasonable apprehension of bias

[21] Samson alleges a reasonable apprehension of bias on the part of the Judge. Ermineskin makes no such allegation.

[22] The arguments of Samson on the issue of reasonable apprehension of bias are addressed in detail in the memoranda of fact and law submitted by Samson and by the Crown. By way of summary, Samson alleges that the Judge engaged in improper cross-examination of the Samson witnesses, interfered improperly with the cross-examinations conducted by counsel for Samson, made statements indicating that he had prejudged whether certain treaty issues were justiciable, improperly exhorted the parties to settle certain issues raised in the money management phase, prejudged the credibility of Samson witnesses, permitted the Crown to submit late expert reports without regard to the possible prejudice caused to Samson, arbitrarily adjourned the trial at one point, improperly admonished counsel for Samson, awarded costs against Samson on a motion without hearing from counsel for Samson, decided issues against Samson for which Samson did not seek relief and failed to decide issues for which Samson

Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund. Les autres réclamations de Samson qui se rapportent à la phase de l'administration de l'argent concernent uniquement les actes et omissions de la Couronne pendant la période qui a pris fin le 1<sup>er</sup> février 2006.

[19] Aucun appel n'a été interjeté à l'égard des ordonnances du juge concernant la constitution du Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund et le transfert des sommes d'argent du compte de capital de Samson à ce fonds.

[20] Ermineskin n'a pas sollicité d'ordonnance exigeant le transfert des sommes d'argent de son compte de capital à son contrôle ou dans un fonds de fiducie et n'a pas soutenu non plus qu'elle possédait un droit ancestral l'autorisant à administrer les sommes d'argent de son compte de capital. Ermineskin était au courant des ordonnances et opérations concernant le Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund; cependant, à la date d'audition des présents appels, Ermineskin n'avait pas décidé d'entreprendre une démarche similaire.

### III. Crainte raisonnable de partialité

[21] Samson invoque l'existence d'une crainte raisonnable de partialité de la part du juge. Ermineskin ne formule aucune allégation de cette nature.

[22] Les arguments de Samson au sujet de la crainte raisonnable de partialité sont commentés de façon détaillée dans le mémoire des faits et du droit de Samson et dans celui de la Couronne. En résumé, Samson soutient que le juge a procédé à un contre-interrogatoire inapproprié des témoins de Samson, qu'il est intervenu de façon déplacée lors des contre-interrogatoires menés par l'avocat de Samson, qu'il a formulé des remarques donnant à penser qu'il s'était déjà formé une opinion quant au caractère justiciable de certaines questions relatives au traité, qu'il avait exhorté à tort les parties à régler certaines questions soulevées au cours de la phase de l'administration de l'argent, qu'il s'était déjà formé une opinion sur la crédibilité des témoins de Samson, qu'il avait autorisé la Couronne à produire des rapports d'expert préparés tardivement sans tenir compte du préjudice pouvant être causé à Samson, qu'il avait ajourné arbitrairement l'instruction à un certain moment, qu'il avait réprimandé à tort l'avocat de Samson, qu'il

sought relief, found a large number of Samson's witnesses not to be credible, and failed to criticize or reject the evidence of certain expert witnesses for the Crown.

[23] At the hearing of the appeal, counsel for Samson addressed each of these grounds, with extensive references to the transcript and other relevant documents. We concluded that Samson had not made out an arguable case for the existence of a reasonable apprehension of bias. We did not require counsel for the Crown to make oral submissions on this point.

[24] Many of the factual allegations made by Samson in support of the argument that there was a reasonable apprehension of bias also relate to other grounds of appeal raised by Samson. The rejection of Samson's argument that there was a reasonable apprehension of bias did not preclude Samson from referring to those factual allegations in the context of those other grounds of appeal.

#### IV. General and Historical Phase

##### (a) Introduction

[25] Before dealing with the issues in the money management phase, it is convenient to dispose of a number of issues arising from the argument of Samson and Ermineskin that the Judge erred in law in determining a number of issues that are not relevant to the claims made in the money management phase. Those determinations relate primarily to the claim, asserted by Samson only, that the "cede, release and surrender" clause in Treaty No. 6 does not mean to the Cree people what it means to the Crown.

[26] Ermineskin and Samson were and are part of the Plains Cree, and are parties to Treaty No. 6 which was signed in 1876. The geographical area covered by

avait adjugé contre Samson les dépens concernant une requête sans entendre l'avocat de celle-ci, qu'il avait tranché contre Samson des questions au sujet desquelles celle-ci n'avait pas demandé de redressement et qu'il ne s'était pas prononcé sur certaines questions au sujet desquelles Samson sollicitait une réparation, qu'il avait conclu qu'un grand nombre des témoins de Samson n'étaient pas crédibles et qu'il n'avait pas critiqué certains témoins experts de la Couronne ni rejeté la preuve de ceux-ci.

[23] Au cours de l'audience relative à l'appel, l'avocat de Samson a commenté chacun de ces motifs en citant de longs extraits de la transcription et d'autres documents pertinents. Nous avons conclu que Samson n'avait pas présenté d'argument valable au sujet de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité et nous n'avons pas demandé à l'avocat de la Couronne de présenter d'observations de vive voix sur ce point.

[24] Bon nombre des allégations de fait que Samson a formulées au soutien de l'existence d'une crainte raisonnable de partialité portent également sur d'autres motifs d'appel qu'elle a invoqués. Le rejet de l'argument de Samson quant à l'existence d'une crainte raisonnable de partialité n'a pas empêché celle-ci de mentionner ces allégations factuelles dans le contexte des autres motifs d'appel.

#### IV. Phase des données générales et historiques

##### a) Introduction

[25] Avant d'examiner les questions en litige à l'égard de la phase de l'administration de l'argent, il convient de trancher un certain nombre de questions découlant de l'argument de Samson et d'Ermineskin selon lequel le juge a commis une erreur de droit en se prononçant sur certaines questions qui ne sont pas pertinentes quant aux réclamations formulées relativement à ladite phase. Ces décisions concernent principalement l'allégation, formulée par Samson seulement, selon laquelle la clause de cession du Traité n° 6 ne signifie pas pour les Cris ce qu'elle signifie pour la Couronne.

[26] Ermineskin et Samson faisaient et font partie des Cris des Plaines et sont parties au Traité n° 6 qui a été signé en 1876. La région géographique visée par le



Treaty No. 6 includes much of what is now Alberta and Saskatchewan, including the area that is the source of the royalties referred to above. The portions of Treaty No. 6 that are relevant specifically to the money management phase are discussed later in these reasons.

[27] The “cede, release and surrender” clause of Treaty No. 6 reads as follows:

The Plain and Wood Cree Tribes of Indians, and all [the other] Indians inhabiting the district hereinafter described and defined, do hereby cede, release, surrender and yield up to the Government of the Dominion of Canada, for Her Majesty the Queen and Her successors forever, all their rights, titles and privileges, whatsoever, to the lands included within the following limits . . . .

**(b) Evidence in the General and Historical Phase**

[28] In support of what Samson claims to be the Cree understanding of the “cede, release and surrender” clause in Treaty No. 6, Samson adduced a large body of oral history evidence of many Cree elders and other Cree people, and also a large body of expert evidence, including a report by Professor H. C. Wolfart.

[29] The report of Professor Wolfart contains a lengthy analysis of many aspects of the Cree language, including an analysis of a Cree language text containing what is said to be the story of the making of Treaty No. 6. The Cree text, with an English translation, is found in an appendix to Professor Wolfart’s report.

[30] The English translation of the Cree text seems to suggest that the Cree leaders understood that the Crown was “buying” the Cree homeland for a perpetual stream of payments, but only the surface of the land. According to the English translation, the Crown representatives told the Cree: “No, I do not buy from you what is deep beneath this land, only one foot deep whence the White-Man makes his living, that is what I buy from you. Indeed, from here on, any monies drawn from beneath the ground, let people understand that this is one benefit which the Crees will continue to be paid from their homeland.” Some of the oral history evidence

Traité n° 6 comprend une bonne partie de ce qui est aujourd’hui l’Alberta et la Saskatchewan, y compris la région d’où proviennent les redevances susmentionnées. Les parties du Traité n° 6 qui portent explicitement sur la phase de l’administration de l’argent sont commentées plus loin dans les présents motifs.

[27] La clause de cession du Traité n° 6 est ainsi libellée :

Les tribus des Sauvages Cris des Plaines et des Bois et tous les autres Sauvages habitant le district ci-après décrit et défini par le présent cèdent, abandonnent, remettent et rendent au gouvernement de la Puissance du Canada pour Sa Majesté la Reine et Ses Successeurs à toujours, tous droits, titres et privilèges quelconques, qu’ils peuvent avoir aux terres comprises dans les limites suivantes. [. . .]

**b) La preuve présentée au sujet de la phase des données générales et historiques**

[28] À l’appui de ce qu’elle soutient être la compréhension qu’ont les Cris de la clause de cession du Traité n° 6, Samson a présenté une preuve abondante sous forme de récits oraux de nombreux Cris, notamment des aînés, ainsi qu’une preuve d’expert volumineuse, y compris un rapport du professeur H. C. Wolfart.

[29] Le rapport du professeur Wolfart comporte une analyse détaillée de nombreux aspects de la langue crie, y compris une analyse d’un texte en langue crie qui présente ce qui serait l’histoire de l’adoption du Traité n° 6. Le texte, accompagné d’une traduction en anglais, se trouve dans une annexe du rapport du professeur Wolfart.

[30] La traduction anglaise du texte rédigé en langue crie semble donner à penser que les dirigeants cris croyaient que la Couronne « achetait » la réserve des Cris en contrepartie d’un flux de paiements perpétuel, mais uniquement la surface du terrain. Selon cette traduction, les représentants de la Couronne ont dit aux Cris : [TRADUCTION] « Non, je ne vous achète pas ce qui se trouve profondément enfoui sous cette terre, mais uniquement ce qui se trouve jusqu’à un pied sous la terre où l’homme blanc habite, c’est ce que je vous achète. Effectivement, à compter d’aujourd’hui, les gens doivent comprendre que les sommes d’argent découlant des

supports that view of Treaty No. 6.

[31] The Crown objected to the admission of all evidence on this point. The Judge admitted the evidence and reserved his decision on the objection. In the end, it was admitted.

[32] The Supreme Court of Canada has given substantial guidance and direction concerning the admissibility and weight of oral history evidence in Aboriginal rights claims. The relevant issues are discussed most recently in *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, per Chief Justice McLachlin, building on the teaching of *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507 and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010. All of these cases are referred to in the Judge's reasons in *Samson*, at paragraphs 38 to 43.

[33] In our view, the Judge demonstrated in his reasons that he was aware of the principles stated in *Mitchell*, at paragraphs 29 to 39, which we summarize as follows. In determining a claim to an Aboriginal right or title, rules of evidence must be applied flexibly, in a manner commensurate with the inherent difficulties posed by such claims and the promise of reconciliation embodied in subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982* [Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. Evidentiary principles must be sensitively applied to Aboriginal claims but they cannot be strained beyond reason. Oral history is admissible if it is both useful and reasonably reliable, subject always to the exclusionary discretion of the trial judge. Oral history evidence may meet the test of usefulness if it offers evidence of ancestral practices and their significance that would not otherwise be available, given the absence of contemporaneous written records, or if it provides the Aboriginal perspective on the right claimed. In considering the reliability of oral evidence, a trial Judge may inquire as to the witness' ability to know and to testify as to Aboriginal traditions and history that have been orally transmitted. Such inquiries may be appropriate on the question of the

ressources souterraines constitueront un avantage que les Cris continueront à recevoir de leur réserve ». Une partie de la preuve sous forme de récits oraux appuie cette perception du Traité n° 6.

[31] La Couronne s'est opposée à l'admission de l'ensemble des éléments de preuve sur ce point. Le juge a admis la preuve et a différé sa décision sur l'objection. Finalement, la preuve a été admise.

[32] La Cour suprême du Canada a donné des directives importantes au sujet de l'admissibilité et du poids de la preuve sous forme de récits oraux dans les affaires portant sur des revendications de droits ancestraux. Très récemment, dans *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, la juge en chef McLachlin a commenté les questions pertinentes en se fondant sur les principes énoncés dans *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et dans *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010. Toutes ces décisions sont mentionnées dans les motifs de jugement que le juge de première instance a formulés dans *Samson*, aux paragraphes 38 à 43.

[33] À notre avis, le juge de première instance a démontré dans ses motifs qu'il connaissait les principes qui sont exposés dans *Mitchell*, aux paragraphes 29 à 39, et que nous résumons comme suit. Au moment de trancher une réclamation portant sur un droit ou titre ancestral, il est nécessaire d'appliquer les règles de preuve avec souplesse, d'une façon adaptée aux difficultés inhérentes à de telles réclamations et à la promesse de conciliation consacrée au paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* [annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Les principes de preuve doivent être appliqués de façon éclairée aux revendications autochtones, mais ne peuvent faire l'objet d'une extension déraisonnable. Les récits oraux sont admissibles en preuve lorsqu'ils sont à la fois utiles et raisonnablement fiables, sous réserve toujours du pouvoir discrétionnaire du juge de première instance de les exclure. Les récits oraux peuvent satisfaire au critère de l'utilité s'ils offrent une preuve de pratiques ancestrales et de leur importance qui ne pourrait être obtenue autrement, compte tenu de l'absence d'archives contemporaines, ou s'ils fournissent le point de vue autochtone sur le droit revendiqué. Pour déterminer la

admissibility of the evidence, and the weight to be assigned to the evidence if admitted.

(c) The relevance of the oral history evidence

[34] Samson asserted what it claims to be the Cree understanding of Treaty No. 6 to support one of the legal theories underlying its claims, which is that the Plains Cree (including Samson) have and have always had Aboriginal title to the oil and gas resources underlying the land to which Treaty No. 6 relates. That would include the land that later came to comprise the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve. It is implicit in the position of Samson that the Cree Aboriginal title to those resources was not surrendered under Treaty No. 6.

[35] If the argument of Samson on this point is valid, then it is also arguable that Samson's Aboriginal title to the oil and gas resources survived the subsequent creation of the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve, and perhaps subsists to this day except to the extent it has been validly extinguished. It is also arguable, based on Samson's theory, that its Aboriginal title to the oil and gas resources underlying the Pigeon Lake and Samson reserves obtained the status of a constitutional right upon the coming into force of section 35 of the *Constitution Act, 1982*.

[36] Another potential consequence of the Samson theory is that the Samson and other Cree people could assert Aboriginal title to all of the oil and gas reserves within the area covered by Treaty No. 6 that comprises any part of the historic Cree homeland, subject to any valid extinguishment of that Aboriginal title. That potential consequence (sometimes referred to as the "off-reserve surrender question") prompted the Government of Alberta and the Government of Saskatchewan to intervene in this case in support of the position of the Crown.

fiabilité des récits oraux, le juge de première instance peut s'enquérir de la connaissance du témoin des traditions et de l'histoire autochtones transmises oralement et de sa capacité de témoigner sur celles-ci. Ces questions peuvent être pertinentes quant à l'admissibilité de la preuve et, si elle est admise, quant au poids à lui accorder.

c) La pertinence de la preuve sous forme de récits oraux

[34] Afin d'étayer une des théories juridiques soutenant ses allégations, Samson a invoqué ce qu'elle soutient être l'interprétation du Traité n° 6 par les Cris; selon cette interprétation, les Cris des Plaines (y compris Samson) possèdent et ont toujours possédé le titre autochtone sur les ressources pétrolières et gazières se trouvant sous la terre visée par le Traité n° 6, ce qui comprendrait la terre dont la réserve du lac Pigeon et la réserve de Samson devaient plus tard être formées. Samson soutient implicitement que le titre ancestral des Cris sur ces ressources n'a pas été cédé en vertu du Traité n° 6.

[35] Si Samson a raison sur ce point, il se pourrait aussi que le titre autochtone de celle-ci sur les ressources pétrolières et gazières ait continué à exister après la création de la réserve du lac Pigeon et de la réserve de Samson et existe encore aujourd'hui, sauf dans la mesure où il a été éteint de façon valable. Selon la théorie de Samson, il se pourrait aussi que son titre autochtone sur les ressources pétrolières et gazières situées sous les réserves du lac Pigeon et de Samson ait obtenu le statut de droit constitutionnel lors de l'entrée en vigueur de l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

[36] Une autre conséquence possible de la théorie de Samson est que celle-ci et d'autres Cris pourraient faire valoir un titre autochtone sur l'ensemble des réserves de pétrole et de gaz se trouvant dans le territoire visé par le Traité n° 6 qui comprend l'ensemble de l'ancien territoire cri, sous réserve de toute extinction valide de ce titre. Cette conséquence possible (parfois appelée la « question de la cession hors réserve ») a incité le gouvernement de l'Alberta et le gouvernement de la Saskatchewan à intervenir dans la présente affaire afin d'appuyer la position de la Couronne.

[37] It was because of the claim of Aboriginal title that the Judge admitted, over the Crown's objection, the oral history evidence and the expert evidence relating to the meaning of the "cede, release and surrender" clause in Treaty No. 6. As a claim of Aboriginal title may require certain evidence relating to pre-contact history, territory and practices, evidence on those points was also permitted.

(d) Judge's determinations relating to evidence in the general and historical phase

[38] In Samson's closing argument at trial, counsel for Samson conceded that the meaning of the "cede, release and surrender" clause of Treaty No. 6 (and by extension, the evidence relating to pre-contact history, territory and practices) was not relevant to Samson's claims in the money management phase. For that reason, Samson argued that the Judge should not reach any conclusions in the Samson action with respect to the evidence adduced on that point.

[39] In Ermineskin's closing argument at trial, counsel for Ermineskin argued that, for two reasons, the Judge should not reach any conclusions in the *Ermineskin* action with respect to the meaning of the "cede, release and surrender" clause of Treaty No. 6. First, Ermineskin's pleadings do not put the meaning of that clause in issue. Second, although Ermineskin adopted minor portions of the evidence adduced by Samson on that point, none of that evidence is relevant to the claims of Ermineskin in the money management phase.

[40] In the Crown's closing argument at trial, counsel for the Crown agreed that this evidence was not relevant to any of the claims of Samson or Ermineskin in the money management phase, but he argued that the Judge should nevertheless make provisional findings on these points because the evidence might be relevant in a subsequent phase, and the Judge who heard the evidence was in the best position to assess it.

[37] C'est en raison de la revendication du titre autochtone que le juge de première instance a admis, malgré l'objection de la Couronne, la preuve sous forme de récits oraux et la preuve d'expert concernant le sens de la clause de cession du Traité n° 6. Étant donné qu'une revendication d'un titre autochtone doit parfois être étayée par certaines données concernant l'histoire, le territoire et les pratiques précédant le contact avec les Européens, la présentation d'éléments de preuve sur ces points a également été autorisée.

d) Les décisions du juge de première instance au sujet de la preuve relative à la phase des données générales et historiques

[38] Au cours de la plaidoirie finale de Samson à l'instruction, l'avocat de celle-ci a admis que le sens de la clause de cession du Traité n° 6 (et, par voie de conséquence, la preuve relative à l'histoire, au territoire et aux pratiques précédant le contact avec les Européens) n'était pas pertinent quant aux réclamations formulées par Samson à l'égard de la phase de l'administration de l'argent. C'est pourquoi Samson a soutenu que le juge de première instance ne devrait tirer aucune conclusion dans l'action de Samson au sujet de la preuve présentée sur ce point.

[39] Au cours de la plaidoirie finale d'Ermineskin à l'instruction, l'avocat de celle-ci a soutenu que, pour deux raisons, le juge de première instance ne devrait tirer aucune conclusion dans l'action d'*Ermineskin* au sujet du sens de la clause de cession du Traité n° 6. D'abord, Ermineskin ne conteste pas le sens de cette clause dans ses actes de procédure. En second lieu, même si Ermineskin a adopté des parties mineures de la preuve présentée par Samson à ce sujet, aucun élément de cette preuve n'est pertinent quant aux réclamations d'Ermineskin qui se rapportent à la phase de l'administration de l'argent.

[40] Au cours de la plaidoirie finale de la Couronne à l'instruction, l'avocat de celle-ci a convenu que cette preuve ne concernait aucune des réclamations de Samson ou d'Ermineskin relativement à la phase de l'administration de l'argent, mais il a fait valoir que le juge de première instance devrait tirer des conclusions provisoires sur ces questions, parce que la preuve pourrait être pertinente quant à une phase subséquente et que le juge qui a entendu la preuve était le mieux placé pour évaluer celle-ci.

[41] The Judge indicated that he would make findings on these points, and he did so. His summary of the evidence and his analysis is lengthy, and results in a number of conclusions. All of his conclusions appear in his reasons in the *Samson* case, and some appear also in his reasons in the *Ermineskin* case. We summarize as follows the most important conclusions reached by the Judge:

1. In assessing the oral history evidence, the approach advocated by Dr. von Gernet (an expert witness for the Crown) is preferable to the approach advocated by Dr. Wheeler (an expert witness for Samson) (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 453).
2. The oral history evidence of the Samson elders should be discounted because the story probably was not transmitted to them as they recalled it, and alternatively because it is implausible that the Crown representatives who negotiated Treaty No. 6 would have agreed to accept a surrender of the land only to a certain depth (Judge's reasons in *Samson*, at paragraphs 458 to 494).
3. The evidence represented by the Cree language text attached to the expert report of Professor Wolfart bears little weight because there is little evidence as to the provenance of the story it contains (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 495).
4. The evidence of Professor Wolfart that the Cree leaders who signed Treaty No. 6 could not have understood the "cede, surrender and release" clause bears little weight because his evidence does not explain how he reached that conclusion (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 503, and in *Ermineskin*, at paragraph 195).
5. The contemporaneous accounts of the signing of Treaty No. 6 that were written by Alexander Morris, A. G. Jackes, Peter Erasmus and John McDougall are reliable (Judge's reasons in *Samson*, at paragraphs 504 to 508, and in *Ermineskin*, at paragraphs 196 to 200).

[41] Le juge de première instance a souligné qu'il formulerait des conclusions sur ces questions et il l'a fait. Il s'est longuement attardé à décrire et à analyser la preuve, et il a tiré un certain nombre de conclusions. Toutes ses conclusions figurent dans les motifs du jugement qu'il a rédigés dans *Samson* et quelques-unes apparaissent également dans les motifs du jugement qu'il a rédigés dans *Ermineskin*. Nous résumons ci-dessous les conclusions les plus importantes qu'il a tirées :

1. Au moment d'apprécier la preuve sous forme de récits oraux, il convient de préférer l'approche préconisée par M. von Gernet (témoin expert de la Couronne) à celle de M<sup>me</sup> Wheeler (témoin expert de Samson) (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 453).
2. Les récits oraux des aînés de Samson devraient être écartés, parce que le récit ne leur a probablement pas été transmis d'une façon semblable au souvenir qu'ils en ont gardé et, subsidiairement, parce qu'il est peu probable que les représentants de la Couronne qui ont négocié le Traité n° 6 auraient convenu d'accepter une cession de la terre uniquement jusqu'à une certaine profondeur (motifs du jugement dans *Samson*, aux paragraphes 458 à 494).
3. La preuve représentée par le texte en langue crie joint au rapport d'expert du professeur Wolfart a une importance minimale, parce que peu de renseignements ont été présentés au sujet de l'origine du récit que ce texte renferme (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 495).
4. Le témoignage du professeur Wolfart selon lequel les dirigeants cris qui ont signé le Traité n° 6 n'ont pu comprendre la clause de cession a une importance minimale, parce que le professeur n'explique pas comment il en est arrivé à cette conclusion (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 503, et dans *Ermineskin*, au paragraphe 195).
5. Les comptes rendus rédigés par Alexander Morris, A. G. Jackes, Peter Erasmus et John McDougall à l'époque des événements en cause au sujet des délibérations entourant la signature du Traité n° 6 sont fiables (motifs du jugement dans *Samson*, aux paragraphes 504 à 508, et dans *Ermineskin*, aux paragraphes 196 à 200).

6. The Cree leaders were aware that, for the Crown, the purpose of Treaty No. 6 was to secure the surrender of Aboriginal title to a vast tract of land so as to open it up for settlement and development, and that the land surrender clause was absolutely non-negotiable, unlike certain other clauses such as those relating to money, agricultural implements and livestock (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 509, and in *Ermineskin*, at paragraph 201).

7. Alexander Morris, who represented the Crown at the negotiation of Treaty No. 6, assured the Cree that they could continue to hunt and fish as before except on land taken up for settlement, that reserves would be set aside for the Cree, that no one could take their homes from them, that if they wanted to sell all or part of their reserves, this could be done only by the Crown with their consent, and that the proceeds would be kept by the Crown and "put away to increase" (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 510, and in *Ermineskin*, at paragraph 202).

8. The evidence does not justify interpreting the "cede, release and surrender" clause as being limited to the land only to a certain depth (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 512).

9. It is likely that the theory relating to such a limitation has emerged within the past few decades as a motif within the Cree oral traditions, and may represent a present day reconstruction of what current generations wished had happened, or thought should have happened, in 1876 (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 513).

10. The "cede, release and surrender" clause in Treaty No. 6 was explained to the Cree leaders in 1876, and they understood that clause when they signed Treaty No. 6 (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 532).

11. For the purposes of the test in *R. v. Van der Peet*, cited above, the date of contact between the Cree and the European settlers is 1670 (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 550).

6. Les dirigeants cris savaient que, pour la Couronne, l'objet du Traité n° 6 était d'obtenir la cession du titre autochtone sur une vaste étendue de terre afin de l'affecter à la colonisation et au développement, et que la clause de cession territoriale était donc absolument non négociable, contrairement à d'autres dispositions du traité, par exemple, celles qui concernaient l'argent, les instruments aratoires et le bétail (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 509, et dans *Ermineskin*, au paragraphe 201).

7. Alexander Morris, qui représentait la Couronne lors de la négociation du Traité n° 6, a assuré aux Cris qu'ils pourraient continuer à pêcher et à chasser comme auparavant, sauf sur la terre qui était destinée à la colonisation, que les réserves seraient mises de côté pour l'avantage des Cris, que nul ne pourrait leur enlever leurs habitations, que, s'ils souhaitaient vendre, en totalité ou en partie, leurs réserves, cela ne pourrait être fait que par la Reine, avec leur consentement, et que le produit serait également conservé par la Reine et [TRADUCTION] « mis de côté pour fructifier » (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 510, et dans *Ermineskin*, au paragraphe 202).

8. La preuve ne justifie pas l'interprétation de la clause de cession comme une clause s'appliquant à la terre jusqu'à une certaine profondeur seulement (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 512).

9. Il est probable que la théorie concernant cette restriction a vu le jour au cours des dernières décennies comme thème récurrent à l'intérieur des traditions orales cris et constitue sans doute une reconstruction contemporaine de ce que les générations actuelles souhaitaient qu'il fût arrivé ou pensaient qu'il aurait dû arriver, en 1876 (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 513).

10. La clause de cession du Traité n° 6 a été expliquée aux dirigeants cris en 1876 et ceux-ci ont compris cette clause lorsqu'ils ont signé le traité en question (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 532).

11. Aux fins du critère énoncé dans *R. c. Van der Peet*, précité, l'année 1670 est l'année du contact entre les Cris et les colons européens (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 550).

12. Before European contact, the Cree people occupied what is now Manitoba and Saskatchewan, but they are not indigenous to central Alberta and were not present there until sometime after European contact (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 576).

13. The evidence does not establish pre-contact trade by the Cree in any particular item. Specifically, there is no evidence of any trade by the Cree in minerals, including salt, oil, gas, or anything analogous (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 588).

[42] The arguments of the parties in these appeals are similar to their closing arguments at trial. Ermineskin argues that the Judge erred in law in considering and determining the meaning of the "cede, release and surrender clause" in Treaty No. 6 in relation to the Ermineskin action, because that issue was not raised in the Ermineskin pleadings. Ermineskin emphasizes the importance of these issues, and also emphasizes the unfairness of an adverse finding that, for practical purposes, might be considered binding on Ermineskin although it was not an issue raised in the pleadings in its case.

[43] *Samson* argues that the Judge erred in law in the *Samson* case in stating the conclusions summarized above because, although they relate to issues raised in the pleadings in the *Samson* case, they are not relevant to any of the claims made by *Samson* in the money management phase. *Samson* also argues that in any event the conclusions are incorrect because of a number of errors of law and in the assessment of the credibility and reliability of significant portions of the evidence.

[44] The Crown argues that although it is true that these conclusions are not relevant to any of the claims made by Ermineskin or *Samson* in the money management phase, the Judge made no error in reaching or stating these conclusions because they may be

12. Avant le contact avec les Européens, les Cris occupaient ce qui est aujourd'hui le Manitoba et la Saskatchewan, mais ils n'étaient pas originaires de la région centrale de l'Alberta et n'ont été présents à cet endroit qu'après le contact avec les Européen (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 576).

13. La preuve ne suffit pas à établir que les Cris ont fait le commerce d'une marchandise en particulier avant le contact. Plus précisément, il n'y a aucun élément de preuve montrant que les Cris faisaient le commerce notamment des minéraux, du sel, du pétrole ou du gaz ni de rien d'analogue (motifs du jugement dans *Samson*, au paragraphe 588).

[42] Les arguments que les parties invoquent dans les présents appels sont semblables à ceux qu'elles ont formulés au cours de leurs plaidoiries finales à l'instruction. Ermineskin soutient que le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a examiné et déterminé le sens de la clause de cession du Traité n° 6 relativement à l'action d'Ermineskin, parce que celle-ci n'a pas soulevé cette question dans ses actes de procédure. Ermineskin souligne l'importance de ces questions ainsi que le caractère inéquitable de toute conclusion défavorable qui, à toutes fins utiles, pourrait être considérée comme une conclusion qui lie Ermineskin, alors que celle-ci n'a nullement plaidé ces questions dans ses actes de procédure.

[43] *Samson* fait valoir que le juge de première instance a commis une erreur dans l'affaire *Samson* en énonçant les conclusions résumées plus haut parce que, bien qu'elles concernent des questions que *Samson* a invoquées dans ses actes de procédure, elles ne portent sur aucune des réclamations que celle-ci a formulées relativement à la phase de l'administration de l'argent. *Samson* ajoute qu'en tout état de cause, les conclusions sont erronées en raison d'un certain nombre d'erreurs de droit et d'erreurs concernant l'appréciation de la *crédibilité et de la fiabilité de parties importantes de la preuve*.

[44] La Couronne soutient que, même s'il est vrai que ces conclusions ne portent sur aucune des réclamations formulées par Ermineskin ou *Samson* relativement à la phase de l'administration de l'argent, le juge de première instance n'a commis aucune erreur lorsqu'il a

relevant in future phases and because, as the Judge heard all of the evidence, he is in the best position to assess it. The interveners generally support the position of the Crown, and emphasize that the findings are potentially of critical importance to Alberta and Saskatchewan.

(e) Discussion

[45] We have considerable sympathy for the difficult position in which the Judge found himself at the close of the trial. Early in the trial he had acceded to Samson's request to hear an enormous body of controversial evidence, the admissibility of which was the subject of lengthy and intense debate. According to the Samson memorandum of fact and law, the evidence relating to the general and historical phase (including the evidence relating to the meaning of the "cede, release and surrender" clause) took 174 hearing days out of a total of 370 hearing days (of which 19 days consisted of oral submissions at the conclusion of the trial).

[46] And yet, at the conclusion of the trial, the Judge was faced with arguments that were the opposite of the arguments made at the outset. Counsel for Samson had been responsible for the evidence being presented, but he argued that it should be disregarded because it was irrelevant. Counsel for the Crown maintained his argument that the evidence was irrelevant to the money management phase but, despite his earlier objection to the evidence being admitted, urged the Judge nevertheless to assess the evidence and reach conclusions about it.

[47] Given those circumstances, and the amount of time and resources invested in the general and historical phase evidence, it is not difficult to understand why the Judge considered himself obliged to undertake the difficult task of assessing that evidence.

[48] Nevertheless, all parties agreed at the close of the trial, and still agree, that the conclusions summarized above are not relevant to any of the claims made in the

tiré ou formulé ces conclusions, parce que celles-ci pourraient être pertinentes quant à des phases ultérieures et que, étant donné qu'il a entendu l'ensemble de la preuve, il est le mieux placé pour l'évaluer. Les intervenants appuient dans l'ensemble la position de la Couronne et soulignent que les conclusions pourraient avoir une importance primordiale pour l'Alberta et la Saskatchewan.

e) Commentaires

[45] À notre avis, le juge de première instance se trouvait dans une position très difficile à la fin de l'instruction. Au début de celle-ci, il avait accédé à la demande de Samson, qui voulait faire entendre une preuve abondante et controversée dont l'admissibilité a été longuement et vivement débattue. Selon le mémoire de Samson, 174 jours d'audience sur un total de 370 (dont 19 journées de plaidoiries à la fin de l'instruction) ont été consacrés à la présentation de la preuve relative à la phase des données générales et historiques (y compris la preuve concernant le sens de la clause de cession).

[46] Pourtant, à la fin de l'instruction, le juge a été saisi d'arguments qui allaient à l'encontre de ceux qui avaient été formulés au départ. L'avocat de Samson était responsable de la preuve présentée, mais il a soutenu que le juge ne devrait pas en tenir compte, parce qu'elle n'était pas pertinente. L'avocat de la Couronne a continué à faire valoir que la preuve n'était pas pertinente quant à la phase de l'administration de l'argent; cependant, même s'il s'était opposé précédemment à ce que la preuve soit admise, il a demandé avec insistance au juge de première instance d'apprécier la preuve et de tirer des conclusions à son sujet.

[47] Compte tenu de ces circonstances ainsi que du temps et des ressources consacrés à la preuve relative à la phase des données générales et historiques, il n'est pas difficile de comprendre pourquoi le juge de première instance s'est senti obligé d'évaluer cette preuve, ce qui était une tâche difficile.

[48] Néanmoins, toutes les parties ont convenu à la fin de l'instruction, et conviennent toujours, que les conclusions résumées plus haut ne sont pas pertinentes



money management phase. We agree also. For that reason we express no opinion as to whether those conclusions are correct. As a matter of legal analysis, they are *obiter dicta*. It follows that the “off-reserve surrender question” remains unresolved.

[49] It appears to be common ground that some or all of the evidence presented during the general and historical phase, including the evidence relating to the meaning of the “cede, release and surrender” clause of Treaty No. 6, may be relevant to one or more of the claims of the subsequent phases of the Samson and Ermineskin actions (although we did not obtain from counsel a clear picture of exactly how it might be relevant).

[50] However, none of the conclusions summarized above are binding on any judge who hears the subsequent phases. If, during the trial of the subsequent phases, a party wishes to refer to any of the evidence from the general and historical phase, the relevance of that evidence to those phases will have to be determined anew, and fresh consideration will have to be given to its credibility, reliability and weight.

#### V. The facts relevant to the money management phase

##### (a) Preliminary point

[51] This section contains a factual summary. It includes references to statutes and legal principles, and also descriptions of the position taken by the Crown on certain legal issues, where those references are necessary to appreciate the factual context of these appeals. That is because the acts and omissions of the Crown of which Samson and Ermineskin complain were premised on the Crown's belief that it was acting throughout in a manner that was mandated by law. In reviewing these facts, it must be borne in mind that Samson and Ermineskin take issue with many of the Crown's legal conclusions. Nothing in this factual summary is intended to be read as an expression of the opinion of this Court on any of the disputed legal issues. Our analysis of the legal debate is set out later in these reasons.

quant aux réclamations formulées relativement à la phase de l'administration de l'argent. Nous souscrivons également à cet avis. C'est pourquoi nous n'exprimons aucune opinion quant au bien-fondé de ces conclusions. Sur le plan de l'analyse juridique, elles constituent des remarques incidentes. Il s'ensuit que la « question de la cession hors réserve » demeure non résolue.

[49] Il semble être admis de part et d'autre que la totalité ou une partie de la preuve présentée au cours de la phase des données générales et historiques, y compris la preuve concernant le sens de la « clause de cession » du Traité n° 6, pourrait être pertinente quant à au moins une des réclamations se rapportant aux phases subséquentes des actions de Samson et d'Ermineskin (bien que les avocats ne nous aient pas fourni d'explication claire à ce sujet).

[50] Cependant, aucune des conclusions résumées plus haut ne lie le juge qui instruit les phases subséquentes. Si une partie désire, au cours de l'instruction des phases subséquentes, citer une partie de la preuve de la phase des données générales et historiques, il sera nécessaire de déterminer à nouveau la pertinence de cette preuve et d'en réexaminer la crédibilité, la fiabilité et le poids à lui attribuer.

#### V. Les faits pertinents quant à la phase de l'administration de l'argent

##### a) Point préliminaire

[51] La présente section comporte un résumé des faits, y compris des renvois à des lois et à des principes juridiques, ainsi que des descriptions de la position prise par la Couronne relativement à certaines questions de droit, lorsque ces renseignements sont nécessaires pour comprendre le contexte factuel des présents appels. Il en est ainsi parce que les actes et omissions que Samson et Ermineskin reprochent à la Couronne étaient fondés sur la conviction de celle-ci selon laquelle elle agissait en tout temps d'une façon prescrite par la loi. Dans le contexte de l'examen de ces faits, il faut se rappeler que Samson et Ermineskin s'opposent à bon nombre des conclusions de droit de la Couronne. Aucune partie du présent résumé ne saurait être considérée comme une expression de l'opinion de la Cour quant à l'une ou l'autre des questions de droit contestées. Notre analyse

(b) Treaty No. 6

[52] In 1889, the Samson Reserve was established pursuant to Treaty No. 6 for the Samson Nation. In 1896, the Pigeon Lake Reserve was established pursuant to Treaty No. 6 for the Four Bands (including, as stated above, the Samson Nation, the Ermineskin Nation, and two other bands).

[53] The portion of Treaty No. 6 that is most relevant to the claims in the money management phase reads as follows (our emphasis):

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and other reserves for the benefit of the said Indians, to be administered and dealt with for them by Her Majesty's Government of the Dominion of Canada, provided all such reserves shall not exceed in all one square mile for each family of five, or in that proportion for larger or smaller families, in manner following, that is to say: that the Chief Superintendent of Indian Affairs shall depute and send a suitable person to determine and set apart the reserves for each band, after consulting with the Indians thereof as to the locality which may be found to be most suitable for them;

Provided, however, that Her Majesty reserves the right to deal with any settlers within the bounds of any lands reserved for any Band as She shall deem fit, and also that the aforesaid reserves of land, or any interest therein, may be sold or otherwise disposed of by Her Majesty's Government for the use and benefit of the said Indians entitled thereto, with their consent first had and obtained; and with a view to show the satisfaction of Her Majesty with the behavior and good conduct of Her Indians, She hereby, through Her Commissioners, makes them a present of twelve dollars for each man, woman and child belonging to the Bands here represented, in extinguishment of all claims heretofore preferred.

(c) The Indian Act—provisions relating to reserves

[54] The *Indian Act* contains a number of provisions relating to reserves which, in relation to the Pigeon Lake

du débat juridique est exposée plus loin dans les présents motifs.

b) Le Traité n° 6

[52] En 1889, la réserve de Samson a été constituée conformément au Traité n° 6 pour la nation de Samson. En 1896, la réserve du lac Pigeon a été constituée conformément au Traité n° 6 pour les quatre bandes (y compris, tel qu'il est mentionné plus haut, la nation de Samson, la nation d'Ermineskin et deux autres bandes).

[53] La partie du Traité n° 6 qui est la plus pertinente quant aux réclamations de la phase de l'administration de l'argent est ainsi libellée (non souligné dans l'original) :

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s'oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, tout en ayant égard aux terres présentement cultivées par les dits Sauvages, et d'autres réserves pour l'avantage des dits Sauvages, lesquelles seront administrées et gérées pour eux par le gouvernement de Sa Majesté pour la Puissance du Canada, pourvu que toutes telles réserves ne devront pas excéder en tout un mille carré pour chaque famille de cinq personnes, ou une telle proportion pour des familles plus ou moins nombreuses ou petites, en la manière suivante, savoir : Que le surintendant en chef des Affaires des Sauvages devra députer [e]t envoyer une personne compétente pour déterminer et assigner les réserves pour chaque bande, après s'être consulté avec les Sauvages de telle bande quant au site que l'on pourra trouver le plus convenables par [sic]jeux;

Pourvu, néanmoins, que Sa Majesté se réserve le droit de régler avec tous les colons établis dans les limites de toute terre réservée pour une bande de la manière qu'elle trouvera convenable, et aussi que les dites réserves de terre ou tout droit en icelles pourront être vendues et adiugées par le gouvernement de Sa Majesté pour le bénéfice et avantage des dits Sauvages, qui y auront droit, après qu'on aura au préalable obtenu leur consentement; et dans le but de faire voir la satisfaction que Sa Majesté éprouve à la vue du comportement et de la bonne conduite de ses Sauvages, elle leur accorde par le présent, en agissant par l'intermédiaire de ses commissaires, un présent de douze piastres pour chaque homme, femme et enfant appartenant aux bandes ici représentées, en satisfaction de toutes réclamations ci-devant existantes.

c) La Loi sur les Indiens—dispositions concernant les réserves

[54] La *Loi sur les indiens* comporte un certain nombre de dispositions relatives aux réserves qui, en ce

Reserve and the Samson Reserve, must be understood to be subject to the provisions of Treaty No. 6. The following provisions of the *Indian Act* relating to reserves appear to be generally relevant to the claims in the money management phase [ss. 2(1) "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 37 (as am. *idem*, s. 2), 38 (as am. *idem*), 39(1) (as am. *idem*, s. 3), 53(1) (as am. *idem*, s. 5)]:

2. (1) In this Act,

...

"reserve" . . . means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band . . .

...

"surrendered lands" means a reserve or part of a reserve or any interest therein, the legal title to which remains vested in Her Majesty, that has been released or surrendered by the band for whose use and benefit it was set apart;

...

18. (1) Subject to this Act, reserves are held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

...

37. (1) Lands in a reserve shall not be sold nor title to them conveyed until they have been absolutely surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(1) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

(2) Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased nor an interest in them granted until they have been surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(2) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

qui concerne la réserve du lac Pigeon et la réserve de Samson, doivent être considérées comme des réserves assujetties aux dispositions du Traité n° 6. Les dispositions suivantes de la *Loi sur les Indiens* qui touchent les réserves semblent concerner de façon générale les réclamations relatives à la phase de l'administration de l'argent [art. 2(1) « réserve » (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 37 (mod., *idem*, art. 2), 38 (mod., *idem*), 39(1) (mod., *idem*, art. 3), 53(1) (mod., *idem*, art. 5)]:

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

[. . .]

« réserve » Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande [. . .]

[. . .]

« terres cédées » Réserve ou partie d'une réserve, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et que la bande à l'usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé.

[. . .]

18. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

[. . .]

37. (1) Les terres dans une réserve ne peuvent être vendues ou aliénées que si elles sont cédées à titre absolu conformément au paragraphe 38(1) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l'objet d'un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) A band may absolutely surrender to Her Majesty, conditionally or unconditionally, all of the rights and interests of the band and its members in all or part of a reserve.

(2) A band may, conditionally or unconditionally, designate, by way of a surrender to Her Majesty that is not absolute, any right or interest of the band and its members in all or part of a reserve, for the purpose of its being leased or a right or interest therein being granted.

39. (1) An absolute surrender or a designation is void unless

- (a) it is made to Her Majesty;
- (b) it is assented to by a majority of the electors of the band
  - (i) at a general meeting of the band called by the council of the band,
  - (ii) at a special meeting of the band called by the Minister for the purpose of considering a proposed absolute surrender or designation, or
  - (iii) by a referendum as provided in the regulations; and
- (c) it is accepted by the Governor in Council.

...

53. (1) The Minister or a person appointed by the Minister for the purpose may, in accordance with this Act and the terms of the absolute surrender or designation, as the case may be,

- (a) manage or sell absolutely surrendered lands; or
- (b) manage, lease or carry out any other transaction affecting designated lands.

[55] The Crown interprets the quoted provisions of the *Indian Act*, in so far as they relate to reserves established under Treaty No. 6, as providing a statutory mechanism by which the Crown can ensure that the reserve lands are not dealt with in any manner that is not consistent with Treaty No. 6. Specifically, the Crown considers these provisions to be consistent with the Crown's promise in Treaty No. 6 that an interest in a reserve cannot be alienated except by the Crown, and then only for the benefit and with the consent of the members of the band or bands for which the reserve was established. The Crown also considers the statutory scheme to be consistent with the Crown's fiduciary obligations in relation to the Samson Reserve and the

38. (1) Une bande peut céder à titre absolu à Sa Majesté, avec ou sans conditions, tous ses droits, et ceux de ses membres, portant sur tout ou partie d'une réserve.

(2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve.

39. (1) Une cession à titre absolu ou une désignation n'est valide que si les conditions suivantes sont réunies :

- a) elle est faite à Sa Majesté;
- b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande :
  - (i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,
  - (ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,
  - (iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;
- c) elle est acceptée par le gouverneur en conseil.

[. . .]

53. (1) Le ministre ou son délégué peut, conformément à la présente loi et aux conditions de la cession à titre absolu ou de la désignation :

- a) administrer ou vendre les terres cédées à titre absolu;
- b) effectuer toute opération à l'égard des terres désignées et notamment les administrer et les donner à bail.

[55] La Couronne interprète les dispositions citées de la *Loi sur les Indiens*, dans la mesure où elles concernent les réserves constituées en vertu du Traité n° 6, comme des dispositions créant un mécanisme législatif qui permet à la Couronne de s'assurer que les terres des réserves ne sont pas utilisées d'une manière incompatible avec le traité en question. Plus précisément, la Couronne estime que ces dispositions sont compatibles avec la promesse qu'elle a formulée dans le Traité n° 6, selon laquelle aucun droit sur une réserve ne peut être aliéné, sauf par la Couronne elle-même, et en pareil cas, uniquement au profit et avec le consentement des membres de la bande (ou des bandes) pour laquelle (lesquelles) la réserve a été constituée. La Couronne

Pigeon Lake Reserve.

(d) The surrender to the Crown of the oil and gas resources on the reserves

[56] Evidence of oil and gas was discovered under the surface of the Samson Reserve and the Pigeon Lake Reserve. In 1946, it was deemed advantageous to find a way to permit the oil and gas resources to be exploited in a manner that would produce a financial return for the bands for which those reserves were established.

[57] Under the terms of Treaty No. 6 and the statutory scheme in the *Indian Act*, it was necessary for the oil and gas resources to be surrendered to the Crown, with the consent of the respective bands, on terms that would permit the Crown to enter into the necessary arrangements with third parties to conduct exploration, development and extraction activities on the surrendered reserve lands.

[58] To that end, the Four Bands and Samson, respectively, executed instruments of surrender in 1946. The terms of the surrenders are identical and read in relevant part as follows:

WE, the undersigned Chief and Principal men of the [Band] . . . , for and acting on behalf of the whole people of our said Band in Council assembled, Do hereby release, remise, surrender, quit claim and yield up unto our Sovereign Lord the King, His Heirs and Successors forever, ALL the land deemed to contain salt, petroleum, natural gas, coal, gold, silver, copper, iron and other minerals, underlying the surface of the area within the boundaries of the [Reserve] . . . , and such timber contained within the boundaries of any mineral claim staked or leased in accordance with the Regulations, as may be necessary for the development and proper working of such mineral deposits. . . .

TO HAVE AND TO HOLD the same unto his said Majesty the King, his Heirs and Successors, forever, in trust to grant in respect of such land the right to prospect for, mine, recover and take away any or all minerals contained therein, to such person or persons, and upon such terms and conditions as the Government of the Dominion of Canada may deem most

estime également que le régime législatif est compatible avec les obligations fiduciaires qui lui incombent relativement à la réserve de Samson et à la réserve du lac Pigeon.

d) La cession à la Couronne des ressources pétrolières et gazières se trouvant sur les réserves

[56] La présence de pétrole et de gaz a été découverte sous la surface de la réserve de Samson et de la réserve du lac Pigeon. En 1946, il a été jugé avantageux de trouver une façon de permettre l'exploitation des ressources pétrolières et gazières d'une manière qui donnerait lieu à un avantage financier pour les bandes pour lesquelles ces réserves avaient été constituées.

[57] Selon les clauses du Traité n° 6 et le régime énoncé dans la *Loi sur les Indiens*, les ressources pétrolières et gazières devaient être cédées à la Couronne, avec le consentement des bandes respectives, selon des conditions qui permettraient à la Couronne de conclure les arrangements nécessaires avec des tiers relativement à l'exercice d'activités d'exploration, de mise en valeur et d'extraction sur les terres des réserves cédées.

[58] À cette fin, les quatre bandes et Samson ont signé des actes de cession en 1946. Les conditions des cessions sont identiques; en voici les extraits pertinents :

NOUS, le chef soussigné et les conseillers soussignés de la bande [. . .], qui agissons au nom du peuple tout entier de ladite bande, en conseil assemblés, cédon, aliénons, abandonnons, transférons et livrons à notre Souverain le Roi, et à ses successeurs, à jamais, TOUTES les terres censées receler du sel, du pétrole, du gaz naturel, du charbon, de l'or, de l'argent, du cuivre, du fer et autres minéraux, sous la surface de la zone comprise à l'intérieur des frontières de la réserve [. . .] ainsi que le bois sur pied contenu à l'intérieur des frontières de toute concession minière établie ou donnée à bail conformément au Règlement, selon que cela sera nécessaire pour le développement et la bonne exploitation de tels gisements miniers [. . .]

POUR par Sa Majesté le Roi et ses successeurs avoir et posséder ladite étendue de pays, à toujours, en fiducie pour que soit concédé, à l'égard de telle étendue, le droit de prospecter, d'extraire, de recouvrer et d'enlever les minéraux qui s'y trouvent, aux personnes et selon les conditions que le gouvernement de la Puissance du Canada pourra juger les

conducive to our welfare and that of our people;

and upon further conditions that money received from the permit proceeds of 10¢ per acre be paid immediately on a per capita distribution.

AND WE, the said Chief and Principal men of the said [Band] . . . do on behalf of our people and for ourselves, hereby ratify and confirm, and promise to ratify and confirm, whatever the said Government may do, or cause to be lawfully done in connection with the management and operation of the said lands and the disposal and sale of the minerals contained therein.

[59] The Crown used a standard printed form for the surrender documents. The phrase relating to the per capita distribution of 10¢ per acre was added to the form. One portion of the standard form was crossed out. The crossed out words read as follows:

. . . and upon the further condition that all moneys received and to which we are entitled by law and pursuant to the Surrender, shall be placed to our credit and interest thereon paid to us in the usual manner.

The record discloses no explanation for the deletion of these words, but it is not suggested that the deletion of these words from the surrender form is relevant to any of the issues in these appeals.

[60] The surrenders were accepted by the Crown. Within a few years, commercial quantities of oil and gas were discovered on the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve. Beginning in 1952, the Crown prepared and executed leases with oil and gas companies that would yield royalties for Samson and Ermineskin.

(e) The Crown's admission—beneficial title to the oil and gas resources on the reserves

[61] The Crown admitted during the trial of the money management phase that at all relevant times, the oil and gas resources under the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve were and are beneficially owned by Samson and Ermineskin (in the case of the Pigeon Lake Reserve, to the extent of their respective shares). At the hearing of the appeals there was some

mieux à même de contribuer à notre bien-être et à celui de notre peuple;

et à la condition supplémentaire que les sommes reçues du produit des permis, soit 10 ¢ l'acre, soient payées immédiatement selon une distribution individuelle.

ET NOUS, le dit chef et lesdits conseillers de ladite bande [. . .] au nom de notre peuple et en notre nom, ratifions et confirmons, et promettons de ratifier et de confirmer, tout ce que ledit gouvernement pourra faire, ou faire faire légalement, pour la gestion et l'exploitation de ladite terre, et pour l'aliénation et la vente des minéraux qui s'y trouvent.

[59] La Couronne a utilisé une formule imprimée type pour les documents de la cession. La phrase concernant la distribution individuelle de 10 ¢ l'acre a été ajoutée à la formule. Une partie de la formule type a été biffée. Voici le texte des mots biffés :

[. . .] et à la condition supplémentaire que toutes les sommes reçues et auxquelles nous sommes fondés en droit et conformément à la cession, soient placées pour notre compte et que des intérêts sur ces sommes nous soient payés de la manière habituelle.

Le dossier ne renferme aucune explication au sujet de la suppression de ces mots de la formule, mais les parties ne soutiennent pas que cette suppression est pertinente quant aux questions à trancher dans les présents appels.

[60] La Couronne a accepté les cessions. En quelques années, des quantités commerciales de pétrole et de gaz ont été découvertes sur la réserve du lac Pigeon et sur la réserve de Samson. À compter de l'année 1952, la Couronne a préparé et signé avec des sociétés pétrolières et gazières des baux devant produire des redevances pour Samson et Ermineskin.

e) L'admission de la Couronne—titre bénéficiaire afférent aux ressources pétrolières et gazières situées sur les réserves

[61] La Couronne a admis au cours de l'instruction relative à la phase de l'administration de l'argent qu'à l'époque pertinente, les ressources pétrolières et gazières situées sous les terres de la réserve du lac Pigeon et de la réserve de Samson appartenaient à titre bénéficiaire à Samson et à Ermineskin (dans le cas de la réserve du lac Pigeon, dans la mesure de leurs parts respectives), et

debate about the timing of that admission, but at this stage the timing is not relevant.

(f) The Indian Oil and Gas Act

[62] The statutory scheme relating to the administration of Indian oil and gas resources includes the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, enacted in 1974 [S.C. 1974-75-76, c. 15]. It appears to be common ground that the amount of royalties derived from the Samson and Ermineskin oil and gas resources prior to 1974 was relatively minor, and that the *Indian Oil and Gas Act* is relevant to substantially all of the accumulated royalties that are the subject of the money management phase. The part of the *Indian Oil and Gas Act* that is most relevant to claims in the money management phase reads as follows (our emphasis):

4. (1) Notwithstanding any term or condition in any grant, lease, permit, licence or other disposition or any provision in any regulation respecting oil or gas or both oil and gas or the terms and conditions of any agreement respecting royalties in relation to oil or gas or both oil and gas, whether granted, issued, made or entered into before or after December 20, 1974, but subject to subsection (2), all oil and gas obtained from Indian lands after April 22, 1977 is subject to the payment to Her Majesty in right of Canada, in trust for the Indian bands concerned, of the royalties prescribed from time to time by the regulations.

(g) The management of the royalties received by the Crown

[63] During the period relevant to these appeals, the Crown dealt with the royalties derived from the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve in a manner that the Crown considered to be mandated by the statutory scheme that includes section 4 of the *Indian Oil and Gas Act* (which states that the royalty payments are received by the Crown in trust for the bands), certain provisions of the *Indian Act*, and certain provisions of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11.

[64] The Crown has always taken the position, and still takes the position, that as a matter of law the statutory scheme is consistent with Treaty No. 6, and

qu'elles continuaient de leur appartenir. À l'audition des appels, la question du moment de cette admission a été débattue, mais ce moment n'est pas pertinent à ce stade-ci.

f) La Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes

[62] Le régime législatif concernant l'administration des ressources pétrolières et gazières comprend la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, qui a été édictée en 1974 [S.C. 1974-75-76, ch. 15]. Il semble être admis de part et d'autre que le montant des redevances tirées des ressources pétrolières et gazières de Samson et d'Ermineskin avant 1974 était relativement mineur et que la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* est pertinente quant à la quasi-totalité des redevances accumulées qui font l'objet de la phase de l'administration de l'argent. La disposition de cette Loi qui est la plus pertinente quant aux réclamations se rapportant à la phase de l'administration de l'argent est ainsi libellée (non souligné dans l'original) :

4. (1) Nonobstant les modalités d'une concession, d'un bail, d'un permis, d'une licence ou d'un autre acte d'aliénation, les dispositions d'un règlement sur le pétrole ou sur le gaz ou les modalités d'un accord sur les redevances applicables au pétrole ou au gaz, qu'ils soient ou non survenus avant le 20 décembre 1974, mais sous réserve du paragraphe (2), le pétrole et le gaz tirés des terres indiennes après le 22 avril 1977 sont assujettis au paiement à Sa Majesté du chef du Canada, en fiducie pour les bandes indiennes concernées, des redevances réglementaires.

g) La gestion des redevances reçues par la Couronne

[63] Au cours de la période pertinente quant aux présents appels, la Couronne a traité les redevances découlant de la réserve du lac Pigeon et de la réserve de Samson d'une façon qu'elle estimait être prescrite par le régime législatif, lequel comprend l'article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* (qui énonce que la Couronne reçoit les redevances en fiducie pour les bandes), certaines dispositions de la *Loi sur les Indiens* et certaines dispositions de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11.

[64] La Couronne a toujours soutenu et soutient encore qu'en droit, le régime législatif est compatible avec le Traité n° 6 et qu'elle est tenue de respecter ce

that the Crown is obliged to adhere to that statutory scheme and cannot deal with the royalties in any manner that is not contemplated by that statutory scheme. Samson and Ermineskin do not contend that the Crown is entitled to disregard the statutory scheme but they argue that the Crown's narrow interpretation of the scheme is not correct (or alternatively, if the Crown's view of the statutory scheme is correct as a matter of statutory interpretation, the statutory scheme breaches the rights of Samson and Ermineskin, or necessarily results in a breach of their rights).

(1) *Financial Administration Act*

[65] The operation of the statutory scheme, as understood by the Crown, is based on the premise that the royalties fall within the definition of "public money" [as am. by S.C. 1999, c. 31, s. 98(F)] in section 2 of the *Financial Administration Act*. The definition reads as follows (our emphasis):

2. In this Act, . . .

"public money" means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes

(a) duties and revenues of Canada,

(b) money borrowed by Canada or received through the issue or sale of securities,

(c) money received or collected for or on behalf of Canada, and

(d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

[66] Because the Crown considered the royalties to be "public money", they were deposited as received by the Crown in the Consolidated Revenue Fund pursuant to subsection 17(1) of the *Financial Administration Act*, which reads as follows:

17. (1) Subject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.

régime législatif et ne peut utiliser les redevances d'une manière qui n'est pas prévue par celui-ci. Samson et Ermineskin ne font pas valoir que la Couronne a le droit de ne pas tenir compte du régime législatif, mais elles estiment que l'interprétation restrictive qu'elle fait du régime n'est pas fondée (ou subsidiairement, si la perception que la Couronne a du régime législatif est fondée sur le plan de l'interprétation législative, que le régime en question va à l'encontre de leurs droits ou donne nécessairement lieu à une atteinte à leurs droits).

1) *La Loi sur la gestion des finances publiques*

[65] L'application du régime législatif d'après la perception qu'en a la Couronne est fondée sur l'hypothèse selon laquelle les redevances sont visées par la définition des mots « fonds publics » [mod. par L.C. 1999, ch. 31, art. 98(F)] figurant à l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Voici le texte de cette définition (non souligné dans l'original) :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« fonds publics » Fonds appartenant au Canada, perçus ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en percevoir ou recevoir. La présente définition vise notamment :

a) les recettes de l'État;

b) les emprunts effectués par le Canada ou les produits de l'émission ou de la vente de titres;

c) les fonds perçus ou reçus pour le compte du Canada ou en son nom;

d) les fonds perçus ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d'un traité, d'une loi, d'une fiducie, d'un contrat ou d'un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l'acte en question ou conformément à celui-ci.

[66] Étant donné que la Couronne considérait les redevances comme des « fonds publics », elle les a déposés au Trésor au fur et à mesure qu'elle les a reçus conformément au paragraphe 17(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, qui prévoit ce qui suit :

17. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général.



[67] The authority of the Crown to pay money out of the Consolidated Revenue Fund is subject to section 26 of the *Financial Administration Act*, which reads as follows:

26. Subject to the *Constitution Acts, 1867 to 1982*, no payments shall be made out of the Consolidated Revenue Fund without the authority of Parliament.

[68] Generally, the authority of Parliament to make a payment out of the Consolidated Revenue Fund must be found in the *Financial Administration Act* or another statute, or in an appropriation or a special warrant (see sections 27 to 41 of the *Financial Administration Act*).

[69] In the case of money received on behalf of a band and held in the Consolidated Revenue Fund, the requisite authority for expenditures is found in the combined operation of subsection 21(1) of the *Financial Administration Act* and sections 61 to 69 of the *Indian Act* [ss. 64.1 (as enacted by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10), 66 (as am. *idem*), s. 12; S.C. 1996, c. 23, s. 187), 68 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 13; S.C. 2002, c. 12, s. 152)] (those provisions are discussed in more detail in the next section of these reasons).

[70] Subsection 21(1) of the *Financial Administration Act* reads as follows:

21. (1) Money referred to in paragraph (d) of the definition "public money" in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

(2) Money management provisions of the *Indian Act*

[71] It is common ground that the royalties that are the subject of the claims of Samson and Ermineskin in the money management phase come within the definition of "Indian moneys" in section 2 of the *Indian Act*. That definition reads as follows:

2. (1) In this Act, . . .

[67] Le pouvoir de la Couronne de verser des sommes d'argent sur le Trésor est assujéti à l'article 26 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, dont voici le texte :

26. Sous réserve des *Lois constitutionnelles de 1867 à 1982*, tout paiement sur le Trésor est subordonné à l'autorisation du Parlement.

[68] De façon générale, le pouvoir du Parlement d'effectuer un paiement sur le Trésor doit être énoncé dans la *Loi sur la gestion des finances publiques* ou dans une autre loi, ou encore dans un crédit ou dans un mandat spécial (voir les articles 27 à 41 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*).

[69] Dans le cas des sommes d'argent reçues au nom d'une bande et détenues au Trésor, le pouvoir de dépense nécessaire découle de l'effet combiné du paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et des articles 61 à 69 de la *Loi sur les Indiens* [art. 64.1 (édicé par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10), 66 (mod., *idem*, art. 12; L.C. 1996, ch. 23, art. 187), 68 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32; art. 13, L.C. 2002, ch. 12, art. 152)] (ces dispositions sont commentées de façon plus détaillée à la section suivante des présents motifs).

[70] Voici le texte du paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* :

21. (1) Les fonds visés à l'alinéa d) de la définition de « fonds publics » à l'article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

2) Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant l'administration de l'argent

[71] Il est admis de part et d'autre que les redevances visées par les réclamations que formulent Samson et Ermineskin relativement à la phase de l'administration de l'argent constituent de l'« argent des Indiens » au sens de la définition de cette expression à l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*. Cette définition se lit comme suit :

2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

“Indian moneys” means all moneys collected, received or held by Her Majesty for the use and benefit of Indians or bands;

« argent des Indiens » Les sommes d’argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l’usage et au profit des Indiens ou des bandes.

[72] Sections 61 to 69 of the *Indian Act* deal with the management of Indian moneys. The relevant portions of sections 61 to 69 of the *Indian Act* read as follows:

[72] Les articles 61 à 69 de la *Loi sur les Indiens* concernent l’administration de l’argent des Indiens. Voici les extraits pertinents de ces articles :

61. (1) Indian moneys shall be expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held, and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

61. (1) L’argent des Indiens ne peut être dépensé qu’au bénéfice des Indiens ou des bandes à l’usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu, et, sous réserve des autres dispositions de la présente loi et des clauses de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l’argent des Indiens est employé ou doit l’être, est à l’usage et au profit de la bande.

(2) Interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund shall be allowed at a rate to be fixed from time to time by the Governor in Council.

(2) Les intérêts sur l’argent des Indiens détenu au Trésor sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil.

62. All Indian moneys derived from the sale of surrendered lands or the sale of capital assets of a band shall be deemed to be capital moneys of the band and all Indian moneys other than capital moneys shall be deemed to be revenue moneys of the band.

62. L’argent des Indiens qui provient de la vente de terres cédées ou de biens de capital d’une bande est réputé appartenir au compte en capital de la bande; les autres sommes d’argent des Indiens sont réputées appartenir au compte de revenu de la bande.

...

[...]

64. (1) With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

64. (1) Avec le consentement du conseil d’une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d’argent au compte en capital de la bande :

(a) to distribute *per capita* to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d’argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

(b) to construct and maintain roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or on surrendered lands;

b) pour construire et entretenir des routes, ponts, fossés et cours d’eau dans des réserves ou sur des terres cédées;

(c) to construct and maintain outer boundary fences on reserves;

c) pour construire et entretenir des clôtures de délimitation extérieure sur les réserves;

(d) to purchase land for use by the band as a reserve or as an addition to a reserve;

d) pour acheter des terrains que la bande emploiera comme réserve ou comme addition à une réserve;

(e) to purchase for the band the interest of a member of the band in lands on a reserve;

e) pour acheter pour la bande les droits d’un membre de la bande sur des terrains sur une réserve;

(f) to purchase livestock and farm implements, farm equipment or machinery for the band;

f) pour acheter des animaux, des instruments ou de l’outillage de ferme ou des machines pour la bande;

(g) to construct and maintain on or in connection with a reserve such permanent improvements or works as in the opinion of the Minister will be of permanent value to the band or will constitute a capital investment;

g) pour établir et entretenir dans une réserve ou à l’égard d’une réserve les améliorations ou ouvrages permanents qui, de l’avis du ministre, seront d’une valeur permanente pour la bande ou constitueront un placement en capital;

(h) to make to members of the band, for the purpose of promoting the welfare of the band, loans not exceeding one-half of the total value of

- (i) the chattels owned by the borrower, and
- (ii) the land with respect to which he holds or is eligible to receive a Certificate of Possession,

and may charge interest and take security therefor;

(i) to meet expenses necessarily incidental to the management of lands on a reserve, surrendered lands and any band property;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes; and

(k) for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band.

(2) The Minister may make expenditures out of the capital moneys of a band in accordance with by-laws made pursuant to paragraph 81(1)(p.3) for the purpose of making payments to any person whose name was deleted from the Band List of the band in an amount not exceeding one per capita share of the capital moneys.

...

69. (1) The Governor in Council may by order permit a band to control, manage and expend in whole or in part its revenue moneys and may amend or revoke any such order.

(2) The Governor in Council may make regulations to give effect to subsection (1) and may declare therein the extent to which this Act and the *Financial Administration Act* shall not apply to a band to which an order made under subsection (1) applies.

[73] Subsection 61(1) states three general principles relating to the management of Indian moneys. Those principles may be summarized as follows:

1. Indian moneys are expended only for the benefit of the Indians or bands for whose use and benefit in common the moneys are received or held.

2. The Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

h) pour consentir aux membres de la bande, en vue de favoriser son bien-être, des prêts n'excédant pas la moitié de la valeur globale des éléments suivants :

- (i) les biens meubles appartenant à l'emprunteur,
- (ii) la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession,

et percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard;

i) pour subvenir aux frais nécessairement accessoires à la gestion de terres situées sur une réserve, de terres cédées et de tout bien appartenant à la bande;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction;

k) pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande.

(2) Le ministre peut effectuer des dépenses sur les sommes d'argent au compte de capital d'une bande conformément aux règlements administratifs pris en vertu de l'alinéa 81(1)p.3) en vue de faire des paiements à toute personne dont le nom a été retranché de la liste de la bande pour un montant ne dépassant pas une part *per capita* de ces sommes.

[...]

69. (1) gouverneur en conseil peut, par décret, permettre à une bande de contrôler, administrer et dépenser la totalité ou une partie de l'argent de son compte de revenu; il peut aussi modifier ou révoquer un tel décret.

(2) Le gouverneur en conseil peut prendre des règlements pour donner effet au paragraphe (1) et y déclarer dans quelle mesure la présente loi et la *Loi sur la gestion des finances publiques* ne s'appliquent pas à une bande visée par un décret pris sous le régime du paragraphe (1).

[73] Le paragraphe 61(1) énonce trois principes généraux concernant l'administration de l'argent des Indiens. Ces principes peuvent être résumés comme suit :

1. L'argent des Indiens ne peut être dépensé qu'au bénéfice des Indiens ou des bandes à l'usage et au profit communs desquels il est reçu ou détenu.

2. Le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l'argent des Indiens est employé ou doit l'être est à l'usage et au profit de la bande.

3. The determination of the Governor in Council is subject to the *Indian Act* and to the terms of any treaty or surrender.

[74] One feature of the money management provisions of the *Indian Act* is that all Indian moneys are categorized as either “revenue moneys” or “capital moneys” (see section 62). The two categories of moneys are managed differently, and so they must be accounted for separately. The Crown maintains separate capital accounts and revenue accounts for Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund. There is a capital account and a revenue account for the Pigeon Lake Reserve, which is held for the Four Bands and periodically allocated among them according to their respective populations. There are also capital accounts and revenue accounts for each of the Four Bands, including the Ermineskin Nation and the Samson Nation.

[75] A band may manage its own revenue moneys if an order to that effect is made by the Governor in Council under subsection 69(1). In 1964, Orders in Council were made under subsection 69(1) for the Samson Nation and the Ermineskin Nation. They have managed their own revenue moneys since that time. There is a routine procedure by which revenue moneys received by the Crown for the Samson Nation or the Ermineskin Nation is handed over to the respective band councils, subject to certain requirements such as the presentation of an appropriate budget which, among other things, permits the Crown to determine that the revenue moneys are intended to be expended in compliance with section 62 (quoted above). Neither Samson nor Ermineskin has made any claim in the money management phase in relation to their revenue moneys.

[76] Section 64 of the *Indian Act* deals with the management of capital moneys of the bands. Royalties derived from the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve come within the category of capital moneys. For that reason, royalties received by the Crown in relation to those reserves are credited to the appropriate

3. La décision du gouverneur en conseil est assujettie aux autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* et aux clauses de tout traité ou cession.

[74] Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* qui concernent l’administration de l’argent ont pour effet de classer l’argent des Indiens dans la catégorie de l’argent appartenant au « compte en capital » ou de l’argent appartenant au « compte de revenu » de la bande (voir l’article 62). Les deux catégories d’argent sont gérées différemment et doivent donc être comptabilisées séparément. La Couronne tient des comptes de capital et des comptes de revenu distincts à l’égard de l’argent des Indiens détenu au Trésor. Il existe un compte de capital et un compte de revenu pour la réserve du lac Pigeon; l’argent détenu dans ces comptes l’est pour les quatre bandes et est réparti périodiquement entre elles en fonction de leurs populations respectives. Il existe également des comptes de capital et des comptes de revenu pour chacune des quatre bandes, dont la nation d’Ermineskin et la nation de Samson.

[75] Une bande peut administrer l’argent de son compte de revenu si le gouverneur en conseil prend un décret en ce sens conformément au paragraphe 69(1). En 1964, des décrets ont été pris en application du paragraphe 69(1) relativement à la nation de Samson et à la nation d’Ermineskin, qui ont administré l’argent de leur propre compte de revenu depuis ce temps. Selon la procédure habituelle, l’argent du compte de revenu que la Couronne reçoit pour la nation de Samson ou pour la nation d’Ermineskin est remis aux conseils de bande concernés, sous réserve de certaines exigences, comme la présentation d’un budget approprié qui, notamment, permet à la Couronne de s’assurer que l’argent du compte de revenu est destiné à être dépensé conformément à l’article 62 (précité). Ni Samson non plus qu’Ermineskin n’ont formulé de réclamation concernant l’argent de leur compte de revenu dans la phase de l’administration de l’argent.

[76] L’article 64 de la *Loi sur les Indiens* porte sur l’administration des sommes d’argent détenues dans le compte en capital des bandes. Les redevances provenant de la réserve du lac Pigeon et de la réserve de Samson appartiennent à la catégorie des sommes d’argent du compte en capital. C’est pourquoi les redevances que la

capital account. Royalties in the Pigeon Lake capital account are allocated periodically to the capital accounts of the Four Bands in accordance with their respective populations.

[77] Capital moneys remain credited to the capital accounts of the respective bands until it is expended pursuant to section 64 of the *Indian Act*. A section 64 expenditure requires the consent of the band council and, in the case of an expenditure under paragraph 64(1)(k), the opinion of the Minister that the expenditure is being made for a purpose that is for the benefit of the band. In the case of Samson and Ermineskin, a proposal for an expenditure of capital moneys typically is initiated by the band council, which submits a band council resolution to the Minister containing particulars of the proposal. The request is considered and, if it is approved by the Minister, the moneys are released to the band or as the band directs.

[78] There is no dispute between the parties as to the amount of royalties derived from the Pigeon Lake Reserve or the Samson Reserve. With respect to the royalties derived from the Pigeon Lake Reserve, there is no dispute about the correctness of the allocation of the royalties among the Four Bands. From 1969 to 2003, the total royalties were approximately \$993 million for Samson and \$505 million for Ermineskin.

(h) Statutory provisions relating to the investment of the capital moneys of Indian bands

[79] Before Confederation (1867) and for some time after Confederation, the Crown exercised direct control of the management of all Indian moneys, which were held in trust and could be invested in commercial securities and municipal debentures. Early versions of the *Indian Act* specifically gave the Governor in Council complete control over the use of what later would be categorized as the capital moneys of a band. For example, section 70 of the *The Indian Act*, 1880, S.C. 1880, c. 28, reads as follows:

Couronne reçoit à l'égard de ces réserves sont portées au crédit du compte en capital concerné. Les redevances détenues dans le compte en capital de la réserve du lac Pigeon sont réparties périodiquement entre les comptes en capital des quatre bandes en fonction de leurs populations respectives.

[77] Les sommes d'argent du compte en capital demeurent au crédit des comptes en capital des bandes respectives jusqu'à ce qu'elles soient dépensées conformément à l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*. Une dépense visée par l'article 64 nécessite le consentement du conseil de bande et, dans le cas d'une dépense faite en application de l'alinéa 64(1)k), l'avis du ministre selon lequel la dépense est faite à une fin qui est à l'avantage de la bande. Dans le cas de Samson et d'Ermineskin, une proposition de dépense de sommes d'argent du compte en capital est habituellement présentée par le conseil de bande, qui soumet au ministre une résolution du conseil de bande comportant les détails de la proposition. La demande est examinée et, si le ministre l'approuve, la somme d'argent est remise à la bande ou selon les directives de celle-ci.

[78] Les parties ne contestent pas le montant de redevances provenant de la réserve du lac Pigeon ou de la réserve de Samson. En ce qui a trait aux premières, le bien-fondé de la répartition des redevances entre les quatre bandes n'est pas contesté non plus. De 1969 à 2003, le total des redevances s'est élevé à environ 993 000 000 \$ pour Samson et à 505 000 000 \$ pour Ermineskin.

h) Les dispositions législatives concernant le placement des sommes d'argent détenues dans le compte en capital des bandes indiennes

[79] Avant la Confédération (1867) et pendant quelque temps après celle-ci, la Couronne a exercé un contrôle direct sur l'administration de la totalité de l'argent des Indiens, lequel était détenu en fiducie et pouvait être investi dans des titres commerciaux et dans des débetures municipales. Les premières versions de la *Loi sur les Indiens* accordaient explicitement au gouverneur en conseil un contrôle complet sur l'utilisation des sommes d'argent qui devaient plus tard être classées dans la catégorie des sommes du compte en

70. The Governor in Council may, subject to the provisions of this Act, direct how, and in what manner, and by whom the moneys arising from sales of Indian lands, and from the property held or to be held in trust for the Indians, or from any timber on Indian lands or reserves, or from any other source for the benefit of Indians (with the exception of any small sum not exceeding ten per cent. of the proceeds of any lands, timber or property, which may be agreed at the time of the surrender to be paid to the members of the band interested therein), shall be invested from time to time. . . .

[80] In 1906, section 70 was amended to limit the investment authority of the Governor in Council, so that it could not be applied to up to 50% of the proceeds of Indian lands or 10% of the proceeds of any timber or other property “as is agreed at the time of the surrender to be paid to the members of the band interested therein” ([An Act to amend the Indian Act] S.C. 1906, c. 20, s. 1). The 10% limit applicable to the proceeds of timber was increased in 1919 to 50% ([An Act to amend the Indian Act] S.C. 1919, c. 56, s. 2).

[81] It appears that the investment power was not actually used after 1859, for reasons that are explained in the following submission to the Executive Council, signed by John A. Macdonald on August 25, 1859:

On the reference of the Report of the Superintendent General of Indian Affairs, and Documents connected therewith, the Minister of Finance respectfully reports that the subject of the Management of the Indian Trust and Funds must necessarily soon be brought under the notice of the Provincial Legislature. And it may ultimately be considered advisable for the Province to assume the Fund, and to grant Annuities charged on the Consolidated Revenue, rather than to continue the present system of investment which involves a possible loss to the Trust, as has already occurred in the case of the Grand River Navigation Stock.

In dealing with the Indians of whom the Government has constituted itself the Guardian, it would appear desirable so to secure the funds as to prevent the possibility of any failure in

capital d’une bande. Par exemple, l’article 70 de l’*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, S.C. 1880, ch. 28, est ainsi libellé :

70. Le Gouverneur en conseil pourra, conformément aux dispositions du présent acte, déterminer comment et par qui seront, de temps à autre, placés au profit des Sauvages les deniers produits par les ventes de terres des Sauvages, par les propriétés possédées actuellement ou à l’avenir en fidéicommiss pour eux (*in trust*), ou par les bois de leurs terres ou réserves, et les deniers provenant de toute autre source (à l’exception des petites sommes, n’excédant pas dix pour cent du produit des terres, bois ou propriétés, qu’il aura été convenu de payer, lors de l’abandon, aux membres de la bande intéressée) [ . . . ]

[80] En 1906, l’article 70 a été modifié pour limiter le pouvoir d’investissement du gouverneur en conseil, de sorte que celui-ci ne pouvait être appliqué aux sommes n’excédant pas 50 p. 100 du produit des terres et 10 p. 100 du produit des bois ou biens « qu’à l’époque de l’abandon il est convenu de payer aux membres de la bande intéressés dans ces terres, ces bois et ces biens » ([Acte modifiant l’Acte des sauvages], ch. 20, art. 1). En 1919, la limite de 10 p. 100 applicable au produit des bois a été portée à 50 p. 100 ([Loi modifiant la Loi des sauvages] S.C. 1919, ch. 56, art. 2).

[81] Il semble que le pouvoir d’investissement n’a pas été exercé après 1859, pour des raisons expliquées dans le document suivant qui a été signé par John A. Macdonald le 25 août 1859 et remis au Conseil exécutif :

[TRADUCTION]

En ce qui concerne le rapport du surintendant général des Affaires des Sauvages et les documents connexes, le ministre des Finances souligne humblement que la question de la gestion de la fiducie et des fonds des Indiens doit nécessairement être portée le plus tôt possible à l’attention de l’assemblée législative provinciale. Il serait peut-être souhaitable en dernier ressort que la province s’occupe de la gestion du fonds et verse des rentes imputées au fonds de revenu consolidé plutôt que de conserver l’actuel système d’investissement, qui risque de donner lieu à une perte pour la fiducie, comme cela s’est déjà produit dans le cas des titres des sociétés de navigation de la rivière Grand.

En ce qui concerne les Indiens, dont le gouvernement s’est constitué le tuteur, il semblerait souhaitable de garantir les fonds afin de faire obstacle à la possibilité de tout défaut dans

the payment of the Annual Sums required for the Indians, as such failure would certainly be attributed to a breach of faith on the part of the Government and [could not] be explained to the satisfaction of the Tribes. By maintaining the present system of investment, it might also result that one Tribe would find its Annual interest regularly paid, while others would meet with disappointment. Should such an event arise, Parliament would probably find it necessary to make good the losses of the Trust, and it would therefore be more advisable to carry the funds at the credit of the Trust to the Consolidated Fund, and to charge the annual interest upon that Fund at such scale as might appear equitable to the Legislature.

Further receipts on account of the Indians might be kept at their Credit in account with the Receiver General—allowing the Trust six per cent interest thereon pending the decision of Parliament on the general subject.

With reference to the present investments held by the Indian Trust, that portion consisting of Provincial and Consolidated Municipal loan Fund Debentures might now, under the Authority of Parliament, be assumed by the Province. But until arrangements are made for the general redemption of these securities, it is suggested that they might remain in their present form, unless His Excellency could effect such arrangements as would ensure the immediate realization of the price at which they stand in the Indian Fund—in which case the money might remain at interest in the hands of the Receiver General.

With reference to the other Funds, it is recommended that steps be taken for the collection of the Sums due to the Indian Fund, and for the realization of the Securities, as it would appear desirable that when the question of the future management of the Indian Trust comes before Parliament, the funds should be available at once in cash.

[82] The express reference to investment that once appeared in section 70 of *The Indian Act*, 1880 disappeared when the *Indian Act* was substantially revised in 1951 (S.C. 1951, c. 29). Since 1951, the *Indian Act* has been silent on that point.

[83] The *Indian Act* has gradually been changed to permit the bands to become more involved in decisions relating to the expenditure of their capital moneys. The first step in that direction was made in 1894 when the *The Indian Act* [R.S.C. 1886, c. 43] was amended by

le paiement des sommes annuelles requises pour les Indiens, car un tel défaut serait certainement imputé à un abus de confiance de la part du gouvernement et ne pourrait pas être expliqué à la satisfaction des tribus. Le maintien en place de l'actuel système d'investissements pourrait aussi avoir pour résultat qu'une tribu constatera le paiement régulier de ses intérêts annuels, tandis que d'autres éprouveront une déconvenue. Si un tel événement devait survenir, le Parlement jugerait probablement nécessaire de compenser les pertes de la fiducie, et il serait donc plus prudent de transférer au Fonds consolidé les sommes portées au crédit de la fiducie, et d'imputer les intérêts annuels au débit du Fonds consolidé selon l'échelle qui pourra sembler adéquate au législateur.

Les encaissements futurs reçus au nom des Indiens pourraient être conservés à leur crédit auprès du receveur général—la fiducie recevant un intérêt de 6 p. 100 sur tels encaissements, jusqu'à ce que le législateur se prononce sur la question générale.

En ce qui concerne les investissements actuellement détenus par la fiducie des Indiens, la province pourrait désormais prendre en charge, sous l'autorité du Parlement, la partie composée des débentures provinciales et des débentures du Fonds consolidé d'emprunt municipal. Cependant, jusqu'à ce que des dispositions soient prises aux fins du rachat général de ces titres, ceux-ci pourraient demeurer sous leur forme actuelle, à moins que son Excellence puisse conclure les arrangements qui assureraient la réalisation immédiate du prix auquel ils s'élèvent dans le fonds des Indiens, auquel cas les sommes d'argent pourraient rester entre les mains du receveur général et porter intérêt.

En ce qui a trait aux autres fonds, il est recommandé que des mesures soient prises pour la collecte des sommes d'argent à verser au fonds des Indiens et pour la réalisation des titres, étant donné qu'il semblerait souhaitable que les sommes d'argent soient disponibles immédiatement en espèces lorsque la question de la gestion future de la fiducie des Indiens sera portée à l'attention du Parlement.

[82] La mention explicite du pouvoir d'investissement qui figurait auparavant à l'article 70 de l'*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, a disparu lorsque la *Loi sur les Indiens* a été révisée en profondeur en 1951 (S.C. 1951, ch. 29). Depuis ce temps, la *Loi sur les Indiens* ne comporte aucune disposition à ce sujet.

[83] La *Loi sur les Indiens* a été modifiée graduellement afin de permettre aux bandes de participer davantage aux décisions concernant la dépense des sommes d'argent détenues dans leur compte en capital. La première mesure en ce sens a été prise en 1894, par

[*An Act further to amend the Indian Act*], S.C. 1894, c. 32, s. 11, to add section 139, the predecessor to what is now paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act*. Section 139 of the *Indian Act* permitted the Governor in Council to authorize and direct the expenditure of any capital moneys standing to the credit of a band, with the consent of the band, which in the opinion of the Governor in Council would be of permanent value to the band or would, when completed, properly represent capital. When the *Indian Act* was consolidated in 1906 (R.S.C. 1906, c. 81), section 139 became section 90.

[84] In 1918 [*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1918, c. 26, s. 4], section 90 was amended to permit the Governor in Council to direct the expenditure of capital moneys of a band for a “reasonable and proper” purpose, without the band’s consent, if the band refused to consent and the Governor in Council considered the refusal detrimental to the progress or welfare of the band. That overriding authority has since been considerably reduced. Under the current *Indian Act*, only section 65 provides expressly for the expenditure of the capital moneys of a band without the band’s consent. It permits the Minister to use a band’s capital moneys to compensate an Indian for land compulsorily taken from him for band purposes, or to pay expenses incurred to prevent or suppress grass or forest fires or to protect the property of Indians in cases of emergency.

[85] Section 90 of the *Indian Act* (R.S.C. 1906) became section 93 in the 1927 consolidation: *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98. A series of amendments gradually expanded the list of uses to which the capital moneys of a band could be put with the band’s consent. By the time the *Indian Act* was extensively revised in 1951, section 93 had become section 64, which read nearly as it does now except for an amendment in 1956 [*An Act to amend the Indian Act*, S.C. 1956, c. 40, s. 15] to add paragraph 64(j), to permit the use of the capital moneys of a band for

l’ajout à l’*Acte des Sauvages* [S.R.C. 1886, ch. 43] de l’article 139 [*Acte contenant de nouvelles modifications à l’Acte des Sauvages*], S.C. 1894, ch. 32, art. 11, le prédécesseur de l’actuel alinéa 64(1)(k) de la *Loi sur les Indiens*. L’article 139 de l’*Acte des Sauvages*, permettait au gouverneur en conseil d’autoriser et de prescrire, du consentement d’une bande, l’emploi de capitaux inscrits au crédit de la bande, aux travaux qui, de l’avis du gouverneur en conseil, auraient une valeur permanente pour la bande ou qui, après leur achèvement, représenteraient un capital effectif. Lors de la codification de l’*Acte des Sauvages* en 1906 ([*Loi des sauvages*] S.R.C. 1906, ch. 81), l’article 139 est devenu l’article 90.

[84] En 1918 [*Loi modifiant la Loi des Sauvages*, S.C. 1918, ch. 26, art. 4], l’article 90 a été modifié de façon à permettre au gouverneur en conseil d’ordonner la dépense des capitaux d’une bande à des fins « raisonnables et convenables », sans le consentement de la bande, si celle-ci refusait de consentir à la dépense et s’il paraissait évident au gouverneur en conseil que le refus était préjudiciable au progrès ou au bien-être de la bande. Ce pouvoir prépondérant a été grandement réduit depuis. En vertu de la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur, seul l’article 65 permet expressément la dépense des sommes d’argent du compte en capital d’une bande sans le consentement de celle-ci. Cette disposition autorise le ministre à utiliser les sommes d’argent du compte en capital d’une bande afin de verser une indemnité à un Indien à l’égard de terres qui lui ont été enlevées obligatoirement pour les fins de la bande ou afin de payer les dépenses subies pour prévenir ou maîtriser les incendies d’herbes ou de forêts ou pour protéger les biens des Indiens en cas d’urgence.

[85] L’article 90 de la *Loi des sauvages*, S.R.C. 1906, est devenu l’article 93 dans la codification de 1927 : *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98. La liste des emplois auxquels les sommes d’argent du compte en capital d’une bande pouvaient être affectées avec le consentement de celle-ci a été progressivement allongée au moyen d’une série de modifications. Lorsque la *Loi sur les Indiens* a été modifiée en profondeur en 1951, l’article 93 était devenu l’article 64, dont le texte était semblable à celui de la disposition actuellement en vigueur, sauf en ce qui concerne une modification



housing, and housing loans and guarantees.

[86] For most of the period relevant to these appeals, the Crown took the position that it had no statutory authority, even under paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act*, to use the capital moneys standing to the credit of bands in the Consolidated Revenue Fund to make income-earning investments, or to transfer it unconditionally to a trustee or to the bands themselves or at their direction for investment purposes.

[87] In 1982, Mr. Paul Ollivier, Q.C., the Associate Deputy Minister of the Department of Justice, formed the view that paragraph 64(k) of the *Indian Act* [R.S.C. 1970, c. I-6] had to that point been interpreted too narrowly, and that it could be interpreted to permit the expenditure of capital moneys of a band to make income-earning investments, with the band's consent. His opinion is set out in a letter dated August 30, 1982 to Mr. R. J. Fournier, Senior Assistant Deputy Minister of Finance and Management with the Department of Indian Affairs and Northern Development.

[88] Mr. Ollivier's opinion was prompted by concerns as to the propriety of the Minister's decision to authorize a particular expenditure under paragraph 64(k). The expenditure in question was the use of approximately \$35 million of Samson's capital moneys to capitalize its own trust company and its own management company, the Peace Hills Trust Company and the New-West Investment Company. The substantive portion of Mr. Ollivier's opinion reads as follows (emphasis in original):

The moneys we are concerned with are Indian moneys which are defined in section 2 of the [*Indian Act*] as moneys collected, received or held by Her Majesty for the use and benefit of Indians or bands. The moneys belong to the Crown and are derived for the most part, I believe, from the sale, lease or other disposition of Crown lands or of an interest therein. Though lawyers for the Samson Band take a different position, I have no doubt that these moneys are public moneys

apportée en 1956 [*Loi modifiant la Loi sur les Indiens*, S.C. 1956, ch. 40, art. 15] par l'ajout de l'alinéa 64j), qui permet l'utilisation des sommes d'argent du compte en capital d'une bande pour la construction de maisons ainsi que pour l'octroi de prêts et de garanties connexes.

[86] Pendant la majeure partie de la période pertinente quant aux présents appels, la Couronne a soutenu qu'elle n'était nullement habilitée, même en vertu de l'alinéa 64(1)k) de la *Loi sur les Indiens*, à utiliser les sommes d'argent du compte en capital détenues au Trésor au crédit des bandes afin d'effectuer des placements productifs de revenu ou de les transférer sans condition à un fiduciaire ou aux bandes elles-mêmes ou suivant leurs directives à des fins d'investissement.

[87] En 1982, M. Paul Ollivier, c.r., le sous-ministre délégué du ministère de la Justice, a estimé que l'alinéa 64k) de la *Loi sur les Indiens* [S.R.C. 1970, ch. I-6] avait reçu une interprétation trop restrictive dans le passé et qu'il pourrait être interprété de façon à permettre la dépense des sommes d'argent du compte en capital d'une bande à des fins de placements productifs de revenu, si la bande y consentait. M. Ollivier a exposé son avis dans une lettre en date du 30 août 1982 qu'il a adressée à M. R. J. Fournier, sous-ministre adjoint principal des Finances et de la Gestion au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien.

[88] L'avis de M. Ollivier faisait suite à certaines préoccupations concernant le bien-fondé de la décision du ministre d'autoriser une dépense donnée au titre de l'alinéa 64k). La dépense en question résidait dans l'utilisation d'un montant d'environ 35 000 000 \$ du compte en capital de Samson pour financer la société de fiducie et la société de gestion de celle-ci, soit la Peace Hills Trust Company et la New-West Investment Company. Voici la partie principale de l'avis de M. Ollivier (souligné dans l'original) :

[TRADUCTION] Les sommes d'argent qui nous intéressent sont des sommes d'argent des Indiens; selon l'article 2 de la *Loi sur les Indiens*, l'argent des Indiens s'entend des sommes d'argent perçues, reçues ou détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des Indiens ou des bandes. Les sommes d'argent appartiennent à la Couronne et proviennent en grande partie, je crois, de l'aliénation, notamment par vente ou location, des terres de la Couronne ou d'un droit sur celles-ci. Bien que les

as defined in the *Financial Administration Act*, i.e. moneys belonging to Canada and received for a special purpose, namely for the use and benefit of the Indians. Under section 15 of the *Financial Administration Act*, moneys received for a special purpose may be paid out of the Consolidated Revenue Funds for that purpose subject to any statute applicable thereto.

The control and management of Indians moneys is the responsibility of the Crown. Under section 61, the moneys must be expended for the use and benefit of the Indians but subject to the Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which Indian moneys are used or are to be used is for the use and benefit of a band. Under section 69(1) the Governor in Council may permit a band to control, manage and expend in whole or in part its revenue moneys. It follows that with regard to the capital moneys of the Band, the control and management of these moneys must in the final analysis remain the responsibility of the Crown and cannot be delegated either to the Band or to any other body.

The actual management of the capital moneys of the band is the responsibility of the Minister of Indian Affairs. Section 64 sets out the purposes for which moneys may be expended and section 64(k) provides that the Minister may authorize and direct the expenditure of the capital moneys of the band "for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the Band". I am aware that the Department has until now been operating on the basis of a restricted interpretation of this provision. While such an interpretation is understandable given the very narrow scope of the preceding subsections, nevertheless I find no common genus in these other provisions that necessarily limits the generality of the language used in sub-section (k).

In my opinion, the Minister may authorize, without risk of liability, an expenditure for any purpose that he honestly and in good faith believes is for the use and benefit of a band. Of course, the purpose of the expenditure that he is asked to approve should be sufficiently defined so as to allow the Minister to determine whether it is in the interest of the Band. In my opinion a vaguely worded purpose such as "*for economic development*" does not meet this test. In addition, while the Act may not require anything more than that the Minister act in good faith, I have no doubt that the spirit of the Act contemplates that he will exercise his powers with prudence so as to enhance and not impair the bands' capital.

A critical question is whether the Minister must personally approve every single expenditure of a band's capital moneys.

avocats de la bande indienne de Samson ne partagent pas cet avis, je suis convaincu que ces sommes d'argent sont des deniers publics au sens de la *Loi sur l'administration financière*, c'est-à-dire des sommes d'argent appartenant au Canada et reçues pour une fin spéciale, notamment à l'usage et au profit des Indiens. En vertu de l'article 15 de la *Loi sur l'administration financière*, les sommes d'argent reçues pour une fin spéciale peuvent être payées sur le Fonds du revenu consolidé à cette fin, sous réserve de toute loi y applicable.

Le contrôle et la gestion de l'argent des Indiens relèvent de la Couronne. En vertu de l'article 61, l'argent doit être dépensé à l'usage et au profit des Indiens; cependant, sous réserve de la Loi et des clauses de tout traité ou acte de cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles l'argent des Indiens est employé ou doit l'être sont à l'usage et au profit de la bande. En vertu du paragraphe 69(1), le gouverneur en conseil peut permettre à une bande de contrôler, d'administrer et de dépenser la totalité ou une partie de l'argent de son compte de revenu. Il s'ensuit que le contrôle et l'administration des sommes d'argent au compte en capital de la bande doivent, en dernier ressort, demeurer la responsabilité de la Couronne et ne peuvent être délégués à la bande ou à un autre organisme.

L'administration réelle des sommes d'argent du compte en capital de la bande relève du ministre des Affaires indiennes. L'article 64 énonce les fins pour lesquelles les sommes d'argent peuvent être dépensées et l'alinéa 64(k) prévoit que le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent du compte en capital de la bande « pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande ». Je sais que, jusqu'à maintenant, le ministre a agi en se fondant sur une interprétation restrictive de cette disposition. Une telle interprétation est compréhensible, compte tenu de la portée très étroite des alinéas précédents, mais je ne vois néanmoins dans ces alinéas aucune communauté de genre ayant nécessairement pour effet de limiter la généralité du texte de l'alinéa k).

À mon avis, le ministre peut, sans risque de responsabilité, autoriser une dépense à toute fin qui, selon ce qu'il croit honnêtement et de bonne foi, s'accorde avec l'usage et le profit d'une bande. Naturellement, l'objet de la dépense qu'il est prié d'approuver doit être suffisamment défini pour qu'il soit en mesure de dire si elle est conforme à l'intérêt de la bande. Selon moi, un objet vaguement formulé, par exemple « *pour favoriser le développement économique* », ne répond pas à cette condition. En outre, même si la loi n'exige sans doute rien d'autre que l'obligation pour le ministre d'agir de bonne foi, j'ai la certitude que l'esprit de la loi fait qu'il devra exercer ses pouvoirs avec prudence de manière à accroître, et non à compromettre, le capital de la bande.

Une question cruciale est celle de savoir si le ministre doit personnellement approuver la moindre dépense de sommes

First of all, I see no reason why the Minister cannot approve a class of expenditure—or an investment plan—as being for the benefit of the band. Such a plan could include the type of proposed expenditures (corporate securities, real estate, government bonds, etc.), the proportion of moneys to be expended on each type, and other financial guidelines.

Secondly, I see no reason why the Minister should not delegate the day to day management of these expenditures, within the overall framework of the approved plan, to an agent under his supervision or control. While there might well have been a time when the Minister could be expected to personally authorize every expenditure, I think it is unreasonable to expect him to do so today given the vast sums involved. I am sure that he neither has the time nor, I would think, the expertise required to make every decision with regard to these moneys.

While our view, as you know, is that the Minister is not a trustee in the private law sense, I note that even under the modern law of trusts, the trustee may employ an agent to perform some of the duties of the trust. In *Waters, Law of Trusts in Canada*, the powers that can be delegated are dealt with as follows: [quotation omitted].

While the “*approved plan*” may envisage a role for a financial intermediary such as the Peace Hills Trust Company, the role would have to be commensurate with the skill and experience of the financial intermediary selected. The Minister would have to satisfy himself on a case by case basis that his “*agents*” were equal to the tasks proposed to be assigned to them.

Thirdly, consistently with the view expressed above that the control and management of capital moneys in the final analysis remains the responsibility of the Crown, the Minister would be obliged on a periodic basis to review the way in which his approved expenditure plan was being implemented, and to make any adjustments in the plan or in its implementation which appeared to him to be for the benefit of the band.

In the case of the expenditure of \$35 million of the capital funds of the Samson Band referred to above, consideration should be given to preparation of an “*expenditure plan*” which when approved by the Minister, with appropriate guidelines and controls, could serve to regularize that situation. Because of the somewhat unorthodox way in which those moneys were originally handed over to the Band, consideration might also be given, in the case of that particular payment, to preparation

d’argent du compte en capital d’une bande.

En premier lieu, je ne vois pas pourquoi le ministre ne pourrait pas approuver une catégorie de dépenses—ou un plan d’investissement—qu’il jugerait conforme à l’intérêt de la bande. Un tel plan pourrait indiquer les types de dépenses projetées (titres de sociétés, immeubles, obligations d’État, etc.), les sommes pouvant être consacrées à chaque type, et autres directives financières.

En deuxième lieu, je ne vois pas pourquoi le ministre ne devrait pas déléguer la gestion quotidienne de ces dépenses, dans le cadre général du plan approuvé, à un mandataire agissant sous sa surveillance ou sous son contrôle. Même s’il y a peut-être eu une époque où le ministre devait autoriser personnellement chaque dépense, il n’est pas raisonnable, à mon avis, de s’attendre à ce qu’il le fasse aujourd’hui, compte tenu des montants élevés en jeu. Je suis convaincu qu’il n’a pas le temps de le faire et qu’il n’a probablement pas non plus l’expertise voulue pour prendre chaque décision concernant ces sommes d’argent.

Même si nous sommes d’avis, comme vous le savez, que le ministre n’est pas un fiduciaire au sens du droit privé, je souligne que, même selon le droit des fiducies moderne, le fiduciaire peut retenir les services d’un mandataire pour l’exécution d’une partie des tâches de la fiducie. Dans l’ouvrage *Waters, Law of Trusts in Canada*, les pouvoirs pouvant être délégués sont décrits comme suit [citation omise].

Bien qu’un rôle puisse être prévu dans le « *plan approuvé* » pour un intermédiaire financier comme la Peace Hills Trust Company, ce rôle devrait être établi en fonction des compétences et de l’expérience de l’intermédiaire financier choisi. Le ministre devrait être convaincu dans chaque cas que ses « *mandataires* » sont à la hauteur des tâches qu’il a l’intention de leur confier.

En troisième lieu, compte tenu de l’avis exprimé ci-dessus selon lequel la Couronne demeure responsable, en dernier ressort, du contrôle et de l’administration des sommes d’argent du compte en capital, le ministre serait tenu de revoir périodiquement la façon dont son plan de dépenses approuvé a été mis en œuvre et d’apporter au plan ou à la mise en œuvre de celui-ci les corrections qui, à son avis, seraient à l’avantage de la bande.

Dans le cas de la dépense de 35 000 000 \$ des sommes d’argent du compte en capital de la bande de Samson dont il est fait mention plus haut, il y aurait lieu d’envisager la préparation d’un « *plan de dépenses* » qui, une fois que le ministre l’aurait approuvé, permettrait de régulariser cette situation, s’il est accompagné de mesures de contrôle et de lignes directrices appropriées. En raison de la façon peu orthodoxe dont ces sommes d’argent ont été transférées à

of an Order in Council under section 61 of the *Indian Act* to confirm that this expenditure was, in the view of the Governor in Council, for the use and benefit of the Band.

Any further payments out of band capital would be made by the Minister, using the procedure suggested above, without the necessity of obtaining confirmation by Order in Council.

Undoubtedly the interpretation of section 64(k) expressed in this letter, while it goes well beyond the strict interpretation previously adhered to, will continue to involve a closer degree of government supervision of the expenditure of capital moneys than Indian bands may feel is appropriate. Consideration may therefore have to be given to appropriate statutory amendments, either to the *Oil and Gas Act* or to the *Indian Act* itself.

Bands such as the Samson Band must accept the fact that under the present Act the Minister must retain ultimate control over the management of the band's capital moneys. However, subject to the Minister's overriding control, it is surely in the best interest of the bands that they participate as fully as the present Act allows in the administration of the moneys being held for their use and benefit.

Finally, I would suggest that any scheme involving a substantial part of a band's capital assets be approved by the Band membership as well as by the Band Council.

If there is any serious challenge to the scheme on legal grounds, consideration could be given to referring the matter to the Federal Court under section 17 of the *Federal Court Act*.

[89] Mr. Ollivier's opinion has been endorsed in certain respects by the orders of the Judge that led to the transfer of the Samson trust funds to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund in February of 2006 (described above). As we understand Mr. Ollivier's opinion, he concluded that in circumstances like those in the *Samson* case, and subject to certain conditions such as the existence of an appropriate trust agreement, paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act* may permit the transfer of capital moneys of a band to a trustee for the purpose of making income earning investments for the benefit of the band. One element of the arrangements relating to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund that was not contemplated by the opinion of Mr. Ollivier is that the

l'origine à la bande, il y aurait également lieu d'envisager, dans le cas de ce paiement précis, la préparation d'un décret en application de l'article 61 de la *Loi sur les Indiens* afin de confirmer que cette dépense était, de l'avis du gouverneur en conseil, une dépense à l'usage et au profit de la bande.

Tout autre paiement versé à même le compte en capital de la bande serait effectué par le ministre à l'aide de la procédure suggérée plus haut, sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une confirmation au moyen d'un décret.

L'interprétation de l'alinéa 64(1)k donnée dans cette lettre va bien au-delà de la stricte interprétation à laquelle on obéissait jusqu'à présent, mais elle continuera sans aucun doute de requérir de la part du gouvernement un degré plus étroit de surveillance des dépenses de sommes d'argent du compte en capital que ce que les bandes indiennes pourraient juger nécessaire. On pourrait donc devoir envisager d'apporter des modifications à la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* ou à la *Loi sur les Indiens* elle-même.

Les bandes telles que la bande de Samson doivent accepter le fait que, selon la Loi actuelle, le ministre doit conserver le contrôle ultime de la gestion des sommes d'argent du compte en capital d'une bande. Toutefois, sous réserve du contrôle prépondérant du ministre, il est certainement conforme à l'intérêt des bandes qu'elles participent aussi pleinement que l'autorise la Loi actuelle à l'administration des sommes détenues pour leur usage et leur profit.

Finalement, je proposerais que tout régime impliquant une part appréciable du capital d'une bande soit approuvé par les membres de la bande ainsi que par le conseil de la bande.

Si le régime se heurte à une vive contestation fondée sur des arguments juridiques, alors on pourrait songer à renvoyer l'affaire à la Cour fédérale en application de l'article 17 de la *Loi sur la Cour fédérale*.

[89] L'avis de M. Ollivier est appuyé à certains égards par les ordonnances du juge de première instance qui ont mené au transfert des fonds en fiducie de Samson au Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund en février 2006 (selon la description qui précède). D'après ce que nous comprenons de l'avis de M. Ollivier, celui-ci a conclu que, dans des circonstances semblables à celles de l'affaire *Samson* et sous réserve de certaines conditions comme l'existence d'une convention de fiducie satisfaisante, l'alinéa 64(1)k de la *Loi sur les Indiens* pourrait permettre le transfert des sommes d'argent du compte en capital d'une bande à un fiduciaire pour que celui-ci les investisse dans des placements productifs de revenu au profit de la bande.

Crown has no further involvement in the management of the transferred funds, and has been released from any risk of future liability in that regard.

(i) Interest on Indian moneys in the Consolidated Revenue Fund

[90] Interest is credited on all Indian moneys in the Consolidated Revenue Fund in accordance with an Order in Council made under subsection 61(2) of the *Indian Act* (quoted above). That applies to both capital moneys and revenue moneys. Interest is treated as revenue moneys, whether it is credited to a capital account or revenue account.

[91] From 1859, the rate of interest on Indian moneys was fixed at 6%. In 1861, an Order in Council retained the 6% rate for Indian moneys then held in trust, but fixed a rate of 5% for funds newly received. From 1861 until 1969, the rate of interest was changed periodically, although it appears that the 6% rate was retained for the funds on which that rate was paid in 1861. For the remaining funds, the rate was 5% until December 31, 1882; 4% from January 1, 1883 to June 30, 1892; 3½% from July 1, 1892 to December 31, 1897; 3% from January 1, 1898 to March 31, 1917; and 5% from April 1, 1917 to March 31, 1969. By 1969, approximately \$600,000 of Indian moneys was still bearing the rate of 6%, based on the policy established in 1861.

[92] In 1969, the Minister submitted to the Governor in Council a proposal to tie the rate of interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund to the market yield of government bonds having a term of 10 years or more. It was also proposed to discontinue the practice of guaranteeing a 6% rate of interest on the pre-1861 funds. Those proposals were adopted. They are reflected in Order in Council P.C. 1969-1934, which stipulates an interest rate for Indian moneys in the

Un des éléments des arrangements liés au Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund que M. Ollivier n'a pas pris en compte dans son avis est le fait que la Couronne ne joue désormais aucun rôle dans la gestion des fonds transférés et a été déchargée de tout risque de responsabilité ultérieure à cet égard.

i) Intérêts sur l'argent des Indiens détenu au Trésor

[90] Des intérêts sont portés au crédit de toutes les sommes d'argent des Indiens détenues au Trésor conformément à un décret pris en application du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens* (précité). Cette règle s'applique tant à l'argent du compte en capital qu'à celui du compte de revenu. L'intérêt est considéré comme de l'argent du compte de revenu, qu'il soit porté au crédit d'un compte en capital ou d'un compte de revenu.

[91] À compter de 1859, le taux d'intérêt sur l'argent des Indiens a été fixé à 6 p. 100. Par suite d'un décret pris en 1861, le taux de 6 p. 100 a été conservé dans le cas de l'argent des Indiens alors détenu en fiducie, mais un taux de 5 p. 100 a été fixé à l'égard des nouvelles sommes d'argent reçues. De 1861 jusqu'à 1969, le taux d'intérêt a été modifié à l'occasion, bien que le taux de 6 p. 100 ait apparemment été conservé dans le cas des sommes d'argent auxquelles ce taux s'appliquait en 1861. En ce qui concerne les autres sommes d'argent, le taux s'est élevé à 5 p. 100 jusqu'au 31 décembre 1882; à 4 p. 100 du 1<sup>er</sup> janvier 1883 au 30 juin 1892; à 3½ p. 100 du 1<sup>er</sup> juillet 1892 au 31 décembre 1897; à 3 p. 100 du 1<sup>er</sup> janvier 1898 au 31 mars 1917; et à 5 p. 100 du 1<sup>er</sup> avril 1917 au 31 mars 1969. En 1969, un montant d'environ 600 000 \$ de l'argent des Indiens portait encore intérêt au taux de 6 p. 100, d'après la politique établie en 1861.

[92] En 1969, le ministre a présenté au gouverneur en conseil une proposition visant à relier le taux d'intérêt sur l'argent des Indiens détenu au Trésor au rendement sur le marché des obligations du gouvernement ayant une échéance d'au moins 10 ans. Il a également été proposé de mettre fin à la pratique consistant à garantir un taux d'intérêt de 6 p. 100 sur les sommes d'argent détenues avant 1861. Ces propositions ont été adoptées et sont intégrées dans le décret C.P. 1969-1934, qui a

Consolidated Revenue Fund based on the following formula, starting April 1, 1969:

Interest to be paid on Indian Band funds held in the Consolidated Revenue Fund which represent capitalized annuities at the time of Confederation and proceeds from the sale of Indian assets since that time, pursuant to subsection (2) of Section 61 of the Indian Act, at a rate equal to the monthly average of those market yields of Government of Canada bond issues as published each Wednesday by the Bank of Canada as part of its weekly financial statistics which have terms to maturity of 10 years or over, the appropriate rate for calculating and crediting interest on the opening balance as of April 1 in each year in accordance with Treasury Board Minute No. 678135 of March 29, 1968 to be the monthly average of the preceding month together with an adjustment to correct for the amount by which rates during the course of the previous year will have varied from the rate established at the commencement of that year.

[93] When the 1969 Order in Council was passed, it resulted in an effective rate of interest of 7.24% on all Indian moneys then held in trust. The rate varied with changes in the market yield of long-term government bonds.

[94] The method of calculating interest after 1969 varied from time to time. From April 1, 1969 to March 31, 1974, interest was calculated and credited on the basis of the opening balance in the accounts as of April 1 of each year. From April 1, 1974 to March 31, 1980, interest was credited in advance at the beginning of each fiscal year and adjusted at the end of each fiscal year to reflect the result of the statutory formula.

[95] The rate of interest paid on Indian moneys was the subject of discussions in the late 1970s and the early 1980s between officials of the Crown and leaders of various bands, including the Four Bands. Those discussions were motivated in part by a situation referred to as an "inversion" which, for a relatively short period of time, resulted in the market yield on short-term investments being greater than the market rate of interest on long-term investments. The inversion soon corrected itself, but nevertheless in 1981, Order in Council P.C. 1981-3/255 was enacted to replace the 1969 Order in

pris effet le 1<sup>er</sup> avril 1969 et prescrit un taux d'intérêt sur l'argent des Indiens détenu au Trésor en fonction de la formule suivante :

[TRADUCTION] Des intérêts seront payés sur les fonds des bandes indiennes détenus au Trésor qui représentent les rentes capitalisées à la date de la Confédération et le produit de la vente d'actifs indiens depuis cette date, conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, selon un taux égal à la moyenne mensuelle des rendements des obligations du gouvernement du Canada, publiés chaque mercredi dans le rapport statistique hebdomadaire de la Banque du Canada, qui présentent des échéances d'au moins 10 ans, et le taux à retenir pour calculer et imputer les intérêts sur le solde d'ouverture au 1<sup>er</sup> avril de chaque année conformément à la délibération n° 678135 du Conseil du Trésor en date du 29 mars 1968 sera la moyenne mensuelle du mois précédent, outre un rajustement qui tiendra compte de la mesure dans laquelle les taux auront varié au cours de l'année antérieure par rapport au taux établi au début de cette année-là.

[93] Lorsque le décret de 1969 a été pris, il a donné lieu à un taux d'intérêt réel de 7,24 p. 100 sur la totalité de l'argent des Indiens alors détenu en fiducie. Le taux variait en fonction des fluctuations du rendement des obligations à long terme du gouvernement sur le marché.

[94] Après 1969, la méthode utilisée pour le calcul des intérêts a varié à l'occasion. Du 1<sup>er</sup> avril 1969 au 31 mars 1974, les intérêts étaient calculés et imputés d'après le solde à l'ouverture des comptes au 1<sup>er</sup> avril de chaque année. Du 1<sup>er</sup> avril 1974 au 31 mars 1980, les intérêts étaient imputés à l'avance au début de chaque exercice financier, puis rajustés à la fin de chaque exercice financier de manière à traduire le résultat de la formule législative.

[95] Le taux d'intérêt payé sur l'argent des Indiens a fait l'objet de discussions à la fin des années 1970 et au début des années 1980 entre des représentants de la Couronne et des dirigeants de différentes bandes, dont les quatre bandes. Ces discussions étaient motivées en partie par une situation appelée « inversion » au cours de laquelle, pendant une période relativement courte, le rendement sur le marché des investissements à court terme a dépassé le taux d'intérêt versé sur les investissements à long terme. La situation s'est rétablie rapidement; néanmoins, en 1981, le décret C.P.

Council.

[96] The 1981 Order in Council retained the comparison to market yields on government bonds with a term of 10 years or more, but provided for interest to be calculated on quarterly rather than monthly averages. The 1981 Order in Council reads as follows:

HIS EXCELLENCY THE GOVERNOR GENERAL IN COUNCIL, on the recommendation of the Minister of Indian Affairs and Northern Development and the Treasury Board, pursuant to subsection 61(2) of the Indian Act, is pleased hereby to revoke Order in Council P.C. 1969-1934 of the 8th of October, 1969 and to fix the rate of interest to be allowed, commencing the 1st day of April, 1980, on Indian Bands' Revenue and Capital moneys held in the Consolidated Revenue Fund at the quarterly average of those market yields of the Government of Canada bond issues as published each Wednesday by the Bank of Canada as part of its weekly financial statistics, which have terms to maturity of 10 years or over.

[97] In addition, the discussions led to the adoption by the Crown of a policy by which interest was credited to the Indian moneys accounts semi-annually, rather than annually. From April 1, 1980 to the present, interest paid on Indian moneys has been paid semi-annually at the rate fixed by the 1981 Order in Council.

[98] The rates of interest paid on Indian moneys from 1970 to 2004 were as follows:

<u>1969 Order in Council</u>		<u>1981 Order in Council</u>		<u>Décret de 1969</u>		<u>Décret de 1981</u>	
1970	7.24%	1981	12.90%	1970	7,24 %	1981	12,90 %
1971	8.60%	1982	16.14%	1971	8,60 %	1982	16,14 %
1972	6.34%	1983	13.93%	1972	6,34 %	1983	13,93 %
1973	7.24%	1984	12.22%	1973	7,24 %	1984	12,22 %
1974	7.53%	1985	13.03%	1974	7,53 %	1985	13,03 %
1975	8.32%	1986	10.96%	1975	8,32 %	1986	10,96 %
1976	8.25%	1987	9.50%	1976	8,25 %	1987	9,50 %
1977	9.47%	1988	10.39%	1977	9,47 %	1988	10,39 %
1978	8.76%	1989	10.63%	1978	8,76 %	1989	10,63 %
1979	9.15%	1990	10.15%	1979	9,15 %	1990	10,15 %
		1993	8.80%			1993	8,80 %
		1994	7.74%			1994	7,74 %
		1995	9.23%			1995	9,23 %
		1996	8.16%			1996	8,16 %
		1997	7.49%			1997	7,49 %
		1998	6.25%			1998	6,25 %
		1999	5.43%			1999	5,43 %
		2001	6.01%			2001	6,01 %
		2002	5.88%			2002	5,88 %
		2003	5.90%			2003	5,90 %

1981-3/255 visant à remplacer le décret de 1969 a été édicté.

[96] Dans le décret de 1981, la comparaison aux rendements sur le marché des obligations du gouvernement présentant une échéance d'au moins 10 ans a été conservée, mais les intérêts devaient désormais être calculés en fonction des moyennes trimestrielles plutôt que mensuelles. Voici une partie du décret de 1981 :

Sur avis conforme du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien et du Conseil du Trésor, et en vertu du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, il plaît à son EXCELLENCE LE GOUVERNEUR GÉNÉRAL EN CONSEIL d'abroger le décret C.P. 1969-1934 du 8 octobre 1969 et de fixer, à compter du 1<sup>er</sup> avril 1980, le taux des intérêts alloués sur les deniers des revenus et du capital des fonds des bandes indiennes détenus au Fonds de revenu consolidé, à un chiffre égal à la moyenne trimestrielle des rendements du marché des bons du gouvernement du Canada, publiés chaque mercredi dans le rapport statistique hebdomadaire de la Banque du Canada, qui viennent à échéance à dix ans et plus.

[97] De plus, les discussions ont mené à l'adoption par la Couronne d'une politique selon laquelle les intérêts devaient être portés au crédit des comptes des sommes d'argent des Indiens sur une base semi-annuelle plutôt qu'annuelle. Du 1<sup>er</sup> avril 1980 jusqu'à aujourd'hui, les intérêts versés sur l'argent des Indiens ont été payés sur une base semi-annuelle au taux fixé par le décret de 1981.

[98] De 1970 à 2004, les taux des intérêts versés sur l'argent des Indiens ont été les suivants :

1980	9.91%	1991	11.02%	2004	5.66%	1980	9,91 %	1991	11,02 %	2004	5,66 %
		1992	9.78%					1992	9,78 %		

(j) Discussions and negotiations relating to the handling of Indian moneys

[99] As mentioned above, the 1981 Order in Council was the result of discussions during the 1970s and early 1980s between the Crown and certain bands, including the Four Bands. The record indicates that the Crown has been open to discussion with respect to the applicable interest rate on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund.

[100] There have also been discussions relating to the investment of Indian moneys. As explained above, the only provision of the *Indian Act* that referred expressly to the investment of Indian moneys by the Crown alone was repealed in 1951 when the *Indian Act* was substantially revised. That revision followed extensive discussions, including a clause-by-clause review with Aboriginal representatives, including Samson and Ermineskin. There is no evidence that the investment clause was discussed or referred to in any way during those discussions. However, there is evidence that the Indian Association of Alberta recommended that the interest rate on Indian moneys in the Consolidated Revenue Fund remain at its current rate, which then was 5%.

[101] From the 1960s and continuing into recent years, there have been numerous occasions for discussion and negotiation with respect to the treatment of Indian moneys, generally in the context of a consideration of broader issues. One theme of those discussions was the desirability of encouraging Aboriginal self-determination and self-government, and greater participation by Aboriginal peoples in decisions relating to their affairs. Another theme was the need to amend the *Indian Act*.

[102] The Crown's stated policy, at least from the 1960s, has been to respect band decision making and to

j) Discussions et négociations concernant le traitement de l'argent des Indiens

[99] Tel qu'il est mentionné plus haut, le décret de 1981 était l'aboutissement des discussions tenues au cours des années 1970 et au début des années 1980 entre la Couronne et certaines bandes, dont les quatre bandes. Il appert du dossier que la Couronne était ouverte aux discussions concernant le taux d'intérêt applicable sur l'argent des Indiens détenu au Trésor.

[100] Des discussions ont également eu lieu au sujet de l'investissement de l'argent des Indiens. Tel qu'il est expliqué plus haut, la seule disposition de la *Loi sur les Indiens* qui comporte une mention explicite de l'investissement de l'argent des Indiens par la Couronne seule a été abrogée en 1951, lorsque la *Loi sur les Indiens* a été révisée en profondeur. Cette révision a eu lieu après de longues discussions, notamment un examen article par article avec des représentants autochtones, y compris des représentants de Samson et d'Ermineskin. Aucun élément de preuve ne montre que la disposition concernant le pouvoir d'investissement a été débattue ou mentionnée d'une façon ou d'une autre au cours de ces discussions. Cependant, il appert de certains éléments de preuve que l'Indian Association of Alberta a recommandé que le taux d'intérêt versé sur l'argent des Indiens détenu au Trésor, qui s'établissait à l'époque à 5 p. 100, demeure inchangé.

[101] Depuis les années 1960 et jusqu'aux dernières années, de nombreuses occasions de débattre et de négocier le traitement de l'argent des Indiens, généralement dans le contexte de l'examen de questions plus vastes, se sont présentées. Un des thèmes de ces discussions était l'opportunité d'encourager les démarches menant à l'autonomie gouvernementale et à l'autodétermination des autochtones ainsi qu'à une plus grande participation de ceux-ci aux décisions concernant leurs affaires. Un autre thème était la nécessité de modifier la *Loi sur les Indiens*.

[102] La politique déclarée de la Couronne, du moins à compter des années 1960, consistait à respecter les



encourage the bands in their aspirations of greater control, as far as possible under the applicable legislation. An important aspect of the Crown's policy was not to amend the *Indian Act* without first consulting with and obtaining the support of those affected; see for example (1) Canada, House of Commons, Special Committee on Indian Self-Government. *Indian Self-Government in Canada: Report of the Special Committee* (Ottawa: Queen's Printer, 1983) (Chairman: Keith Penner), (2) Canada. Department of Indian Affairs and Northern Development, *Project F2 Trust Fund Management: Final Report*, Volume 1 (Ottawa: INAC, 1983), and (3) the annual reports of the Department of Indian Affairs and Northern Development through the 1990s.

[103] The issue of the investment of the capital moneys of bands was included in the discussions between the Crown and Aboriginal representatives over many years. Some of the wealthier bands, including the Samson Nation and the Ermineskin Nation, made proposals of various kinds that would have given them greater control over their capital moneys.

[104] The Crown was not unsympathetic to the objective of those demands but believed that it was precluded by law from acquiring income earning investments with the capital moneys of the bands and was also precluded by law from simply transferring to the bands the power of disposition of the capital moneys.

[105] From time to time the Crown invited proposals for an investment plan that could be assessed by the Minister in accordance with the requirements of section 61 and paragraph 64(1)(k), but no such proposal was made by Ermineskin or by Samson (until the proposal of Samson in 2005 relating to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund). Nor was any consensus ever reached with respect to the amendment of the *Indian Act*. Therefore, the Crown considered itself compelled to maintain its practice of retaining the capital moneys of bands in special accounts in the Consolidated Revenue Fund, and paying interest in accordance with the applicable Orders

décisions des bandes et à encourager celles-ci dans leurs aspirations à un plus grand contrôle, dans la mesure permise par la législation applicable. Un des aspects importants de la politique de la Couronne était de ne pas modifier la *Loi sur les Indiens* avant d'avoir consulté les personnes concernées et d'avoir obtenu leur appui; voir, par exemple, 1) Canada. Chambre des communes. Comité spécial sur l'Autonomie politique des Indiens. *L'autonomie politique des Indiens au Canada : Rapport du Comité spécial* (Ottawa : Imprimeur de la Reine, 1983) (président : Keith Penner), 2) Canada. Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. « *Project F2 Trust Fund Management : Final Report, volume 1* » (Ottawa : AINC, 1983) et 3) les rapports annuels du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien tout au long des années 1990.

[103] La question de l'investissement de l'argent du compte en capital des bandes a fait partie pendant des années des sujets abordés au cours des discussions tenues entre les représentants de la Couronne et des autochtones. Certaines des bandes plus riches, y compris la nation Samson et la nation Ermineskin, ont fait différentes propositions qui leur auraient permis de contrôler davantage les sommes d'argent de leur compte en capital.

[104] La Couronne n'était pas opposée à l'objectif de ces demandes, mais croyait que la loi l'empêchait d'acquérir des investissements productifs de revenu avec l'argent du compte en capital des bandes ou de simplement transférer à celles-ci le pouvoir d'utiliser cet argent à leur guise.

[105] La Couronne a demandé à l'occasion des propositions relatives à l'élaboration d'un plan d'investissement que le ministre pourrait évaluer conformément aux exigences de l'article 61 et de l'alinéa 64(1)k), mais ni Ermineskin non plus que Samson n'ont présenté de proposition de cette nature (jusqu'à ce que Samson présente en 2005 la proposition concernant le Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund). Aucun consensus n'a été atteint non plus relativement à la modification de la *Loi sur les Indiens*. En conséquence, la Couronne s'estimait tenue de poursuivre sa pratique de conserver l'argent du compte en capital des bandes dans des

in Council.

[106] At some point (it is not clear exactly when), Samson and Ermineskin began to advocate the position they now take, which in broad terms is this: the Crown, as trustee of the capital moneys of Samson and Ermineskin, has and has always had a duty at common law to invest the capital moneys prudently, that the Crown's refusal to even consider doing so was a breach of trust, and that Samson and Ermineskin have the right to sue for damages if the income that should have been earned by the prudent investment of their capital moneys would have exceeded the interest they received under the 1969 and 1981 Orders in Council.

[107] The judgments now under appeal were the result of actions commenced by Samson in 1989, and by Ermineskin in 1992. Samson and Ermineskin claim damages or equitable disgorgement, based on what they say is the mismanagement of hundreds of millions of dollars derived from their royalties.

## VI. Analysis

[108] In this analysis we discuss the legal conclusions reached by the Crown as described above that are disputed by Samson and Ermineskin, and the additional legal issues raised in the appeals in relation to the money management phase. The most critical issues in this appeal are matters of statutory interpretation. Our approach to statutory interpretation must be guided by the jurisprudence of the Supreme Court of Canada, as most recently summarized in *Canada Trustco Mortgage Co. v. Canada*, [2005] 2 S.C.R. 601, at paragraph 10:

It has been long established as a matter of statutory interpretation that "the words of an Act are to be read in their entire context and in their grammatical and ordinary sense harmoniously with the scheme of the Act, the object of the Act, and the intention of Parliament": see 65302 *British Columbia Ltd. v. Canada*, [1999] 3 S.C.R. 804, at para. 50. The interpretation of a statutory provision must be made according to a textual, contextual and purposive analysis to

comptes spéciaux du Trésor et de payer les intérêts conformément aux décrets applicables.

[106] À un certain moment (dont la date exacte n'est pas connue), Samson et Ermineskin ont commencé à prôner la position qu'elles expriment maintenant et qui peut se résumer comme suit : en qualité de fiduciaire de l'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin, la Couronne est et a toujours été tenue, en common law, d'investir cet argent de façon prudente, le refus de la Couronne d'envisager la possibilité de le faire constituait un abus de confiance et Samson et Ermineskin ont le droit de réclamer des dommages-intérêts lorsque le revenu qu'aurait dû générer l'investissement prudent des sommes d'argent de leur compte en capital aurait dépassé les intérêts qu'elles ont touchés en vertu des décrets de 1969 et de 1981.

[107] Les jugements actuellement portés en appel découlaient d'actions engagées par Samson en 1989 et par Ermineskin en 1992. Samson et Ermineskin réclament des dommages-intérêts ou une restitution selon l'équité sur le fondement de ce qu'elles appellent la mauvaise gestion de centaines de millions de dollars découlant de leurs redevances.

## VI. Analyse

[108] Dans la présente analyse, nous commentons les conclusions juridiques que la Couronne a tirées (décrites plus haut) et que contestent Samson et Ermineskin. Nous commentons aussi les autres questions de droit soulevées dans les appels au sujet de la phase de l'administration de l'argent. Les questions les plus importantes en l'espèce concernent l'interprétation législative. Nous devons nous fonder à cet égard sur les jugements de la Cour suprême du Canada qui ont été résumés très récemment dans *Hypothèques Trustco Canada c. Canada*, [2005] 2 R.C.S. 601, au paragraphe 10 :

Il est depuis longtemps établi en matière d'interprétation des lois qu'« il faut lire les termes d'une loi dans leur contexte global en suivant le sens ordinaire et grammatical qui s'harmonise avec l'esprit de la loi, l'objet de la loi et l'intention du législateur » : voir 65302 *British Columbia Ltd. c. Canada*, [1999] 3 R.C.S. 804, par. 50. L'interprétation d'une disposition législative doit être fondée sur une analyse textuelle, contextuelle et téléologique destinée à dégager un

find a meaning that is harmonious with the Act as a whole. When the words of a provision are precise and unequivocal, the ordinary meaning of the words play a dominant role in the interpretive process. On the other hand, where the words can support more than one reasonable meaning, the ordinary meaning of the words plays a lesser role. The relative effects of ordinary meaning, context and purpose on the interpretive process may vary, but in all cases the court must seek to read the provisions of an Act as a harmonious whole.

(a) Whether the Crown is a trustee of the royalties

[109] We agree with the Judge that the Crown is a trustee of the royalties held in the Consolidated Revenue Fund (Judge's reasons in *Samson*, paragraph 653, and in *Ermineskin*, paragraph 261). Section 4 of the *Indian Oil and Gas Act* says so, and there is no reason to conclude that section 4 is not intended to mean what it says. If there had been any doubt about the existence of a trust, that doubt could not have survived the enactment of the *Indian Oil and Gas Act*.

[110] Indeed, even if the *Indian Oil and Gas Act* had never been enacted, the Crown would have been a trustee of any royalties derived from the exploitation of the oil and gas reserves in relation to the surrendered interests in the Samson Reserve and the Pigeon Lake Reserve. That conclusion is compelled by the promises of Treaty No. 6, as well as the provisions of the *Indian Act* relating to reserves and the management of Indian moneys. The Crown clearly has fiduciary obligations to Ermineskin and Samson with respect to the use and exploitation of their respective shares of the oil and gas resources on the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve, and also with respect to their respective shares of the royalties derived from the exploitation of those resources: see *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, *per* Wilson J., at pages 349-350 and *per* Dickson J. [as he then was] at page 382.

[111] The conclusion that the Crown is a trustee of the royalties is consistent with the Crown's admission at trial that the oil and gas resources under the Pigeon Lake Reserve and the Samson Reserve were and are beneficially owned by Samson and Ermineskin (in the case of the Pigeon Lake Reserve, to the extent of their respective shares). It is also consistent with the Crown's

sens qui s'harmonise avec la Loi dans son ensemble. Lorsque le libellé d'une disposition est précis et non équivoque, le sens ordinaire des mots joue un rôle primordial dans le processus d'interprétation. Par contre, lorsque les mots utilisés peuvent avoir plus d'un sens raisonnable, leur sens ordinaire joue un rôle moins important. L'incidence relative du sens ordinaire, du contexte et de l'objet sur le processus d'interprétation peut varier, mais les tribunaux doivent, dans tous les cas, chercher à interpréter les dispositions d'une loi comme formant un tout harmonieux.

a) La Couronne est-elle fiduciaire des redevances?

[109] Nous convenons avec le juge de première instance que la Couronne est fiduciaire des redevances détenues au Trésor (motifs du jugement dans *Samson*, paragraphe 653, et dans *Ermineskin*, paragraphe 261). C'est ce qui est énoncé à l'article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* et il n'y a aucune raison de conclure que l'article 4 ne signifie pas vraiment ce qu'il dit. Même s'il y avait eu le moindre doute au sujet de l'existence d'une fiducie, ce doute n'aurait pu subsister après l'édictation de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*.

[110] D'ailleurs, même si la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* n'avait pas été édictée, la Couronne aurait été fiduciaire de toutes les redevances provenant de l'exploitation des réserves de pétrole et de gaz relativement aux droits cédés sur la réserve de Samson et sur la réserve du lac Pigeon. Cette conclusion s'impose en raison des promesses du Traité n° 6 ainsi que des dispositions de la *Loi sur les Indiens* concernant les réserves et l'administration de l'argent des Indiens. La Couronne a manifestement des obligations fiduciaires envers Ermineskin et Samson en ce qui a trait à l'utilisation et à l'exploitation de leurs parts respectives des ressources pétrolières et gazières de la réserve du lac Pigeon et de la réserve de Samson ainsi qu'en ce qui a trait à leurs parts respectives des redevances découlant de l'exploitation de ces ressources : voir *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, jugement de la juge Wilson, aux pages 349 et 350, et jugement du juge Dickson [tel était alors son titre], à la page 382.

[111] Cette conclusion est compatible avec l'admission que la Couronne a faite à l'instruction et selon laquelle les ressources pétrolières et gazières se trouvant sous la réserve du lac Pigeon et sous la réserve de Samson appartenaient et continuent d'appartenir à titre bénéficiaire à Samson et à Ermineskin (dans le cas de la réserve du lac Pigeon, dans la mesure de leurs

understanding of its obligations with respect to the handling of Indian moneys. The record establishes that even before Confederation, the Crown acknowledged that it holds all Indian moneys in trust. The record is replete with similar acknowledgements, some predating Confederation.

(b) Whether the royalties are “public money” as defined in the *Financial Administration Act*

[112] The Crown argues that even if it is a trustee of the royalties, it is not required or permitted to deal with the royalties as a trustee would at common law, but must deposit the royalties into the Consolidated Revenue Fund to the credit of the capital accounts of Samson and Ermineskin, as described above.

[113] The Crown’s argument is based on the premise that the royalties fall within paragraph (d) of the definition of “public money” in section 2 of the *Financial Administration Act* (quoted above), reproduced here for ease of reference:

2. In this Act, . . .

“public money” means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes

(a) duties and revenues of Canada,

(b) money borrowed by Canada or received through the issue or sale of securities,

(c) money received or collected for or on behalf of Canada, and

(d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract; [Emphasis added.]

[114] Samson and Ermineskin challenged that premise at trial and in this appeal. They argue that the royalties do not “belong to Canada” as required by the

parts respectives). Elle est également compatible avec la façon dont la Couronne interprétait ses obligations en ce qui a trait au traitement des sommes d’argent des Indiens. D’après le dossier, même avant la Confédération, la Couronne a reconnu qu’elle détenait toutes les sommes d’argent des Indiens en fiducie. Le dossier comporte une multitude de reconnaissances similaires, dont certaines sont antérieures à la Confédération.

b) Les redevances constituent-elles des « fonds publics » au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*?

[112] La Couronne soutient que, même si elle est fiduciaire des redevances, elle n’est pas tenue de les administrer au même titre que le serait le fiduciaire selon la common law, ni n’est autorisée à le faire, mais qu’elle doit les déposer au Trésor au crédit des comptes en capital de Samson et d’Ermineskin selon la description qui précède.

[113] L’argument de la Couronne est fondé sur l’hypothèse selon laquelle les redevances sont visées par l’alinéa d) de la définition de « fonds publics », qui se trouve à l’article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (précitée) et qui est reproduite ci-dessous par souci de commodité :

2. Les définitions qui suivent s’appliquent à la présente loi.  
[ . . . ]

« fonds publics » Fonds appartenant au Canada, perçus ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en percevoir ou recevoir. La présente définition vise notamment :

a) les recettes de l’État;

b) les emprunts effectués par le Canada ou les produits de l’émission ou de la vente de titres;

c) les fonds perçus ou reçus pour le compte du Canada ou en son nom;

d) les fonds perçus ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d’un traité, d’une loi, d’une fiducie, d’un contrat ou d’un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l’acte en question ou conformément à celui-ci. [Non souligné dans l’original.]

[114] Samson et Ermineskin ont contesté cette hypothèse à l’instruction et dans le présent appel. Elles soutiennent que les redevances n’appartiennent pas au

opening words of the definition, and therefore they cannot possibly fall within paragraph (d) of the definition.

[115] The Judge agreed with the Crown on this point, and we do as well. Although the royalties do not “belong to Canada” in the ordinary sense of those words, we interpret the statutory definition of “public money” as applying to the royalties nevertheless. That is because the phrase immediately preceding the list in paragraphs (a) through (d) of the definition of “public money” is “and includes”, indicating that paragraphs (a) through (d) are intended to expand the more general opening words.

[116] As well, the royalties fall literally within the language of paragraph (d) of the definition. They are paid to the Crown for the benefit of a band, in accordance with one or more of the *Indian Oil and Gas Act*, the lease agreements, the *Indian Act*, and Treaty No. 6, and if they are to be disbursed, they must be disbursed for the benefit of the band, in accordance with Treaty No. 6 and the *Indian Act*.

(c) Whether the Crown improperly made use of the capital moneys

[117] The fact that the royalties are “public money” as defined in the *Financial Administration Act* leaves the Crown with no choice but to pay the royalties into the Consolidated Revenue Fund when they are received. At the same time, the Crown must recognize that Samson and Ermineskin are beneficially entitled to the royalties. The Crown does that by maintaining separate accounts for each band, and crediting those accounts with the royalties as received or, in the case of the royalties from the Pigeon Lake Reserve, as allocated from time to time.

[118] Samson and Ermineskin argue in various ways that regardless of the Crown’s accounting methods, the consequence of paying the royalties into the Consolidated Revenue Fund is that the capital moneys of Samson and Ermineskin is used by the Crown for its own purposes until it is paid out to the bands under

Canada, comme l’exigent les premiers mots de la définition, et qu’elles ne peuvent donc pas être visées par l’alinéa d) de celle-ci.

[115] Le juge de première instance a souscrit à l’opinion de la Couronne sur ce point et nous partageons également cet avis. Bien que les redevances « n’appartiennent pas au Canada » au sens ordinaire de ces mots, nous interprétons la définition législative de « fonds publics » comme une définition qui s’applique néanmoins aux redevances. Il en est ainsi parce que la liste figurant aux alinéas a) à d) de la définition de « fonds publics » est précédée du mot « notamment », ce qui donne à entendre que lesdits alinéas visent à étoffer le sens des premiers mots plus généraux.

[116] De plus, les redevances sont visées littéralement par le texte de l’alinéa d) de la définition. Elles sont versées à la Couronne au profit d’une bande, conformément à au moins un des textes suivants, soit la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, les baux, la *Loi sur les Indiens* et le Traité n° 6 et, si elles doivent être versées, elles doivent l’être au profit de la bande, en conformité avec le Traité n° 6 et la *Loi sur les Indiens*.

c) La Couronne a-t-elle mal utilisé les sommes d’argent du compte en capital?

[117] Étant donné que les redevances constituent des « fonds publics » au sens de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, la Couronne n’a d’autre choix que de les verser au Trésor lorsqu’elle les reçoit. Au même moment, la Couronne doit reconnaître que Samson et Ermineskin ont droit aux redevances à titre de bénéficiaires. À cette fin, la Couronne tient des comptes distincts pour chacune des bandes et porte au crédit de ces comptes les redevances au fur et à mesure qu’elles sont reçues ou, dans le cas des redevances provenant de la réserve du lac Pigeon, au fur et à mesure qu’elles sont attribuées à l’occasion.

[118] Samson et Ermineskin font valoir de différentes façons que, indépendamment des méthodes comptables qu’elle emploie en déposant les redevances au Trésor, la Couronne utilise les sommes d’argent de leurs comptes en capital pour ses propres fins jusqu’à ce que ces sommes soient versées aux bandes conformément à

section 64 of the *Indian Act*. Samson and Ermineskin characterize that as a “forced borrowing” by the Crown of the capital moneys of Samson and Ermineskin, which is improper or unlawful without their consent, either because it is a breach of the common-law trust principles, or a breach of the Crown’s overriding obligation to deal with Indians and their money honourably and in a manner that is consistent with the promises of Treaty No. 6.

[119] We take it as given that when the Crown receives the royalties of Samson and Ermineskin, it cannot simply retain the money in the form of cash and store it in boxes until it is needed for expenditure by Samson or Ermineskin. Rather, as explained above, the Crown must deposit the royalties to the credit of the Samson and Ermineskin capital accounts in the Consolidated Revenue Fund. That automatically creates a liability on the part of the Crown to pay those amounts to Samson and Ermineskin upon compliance with the conditions in section 64 of the *Indian Act*. By operation of law, that liability is a debt that bears interest, as the Crown has always acknowledged in its public accounts.

[120] As a factual matter, this treatment of the capital moneys of Samson and Ermineskin results in the Crown making use of the money for its own purposes as long as the Crown’s liability to Samson and Ermineskin subsists, or in other words until the money is expended in accordance with section 64. If that is aptly described in practical terms as a “forced borrowing,” it is an inevitable consequence of the combined operation of the *Indian Act* and the *Financial Administration Act*, and is therefore lawful.

[121] Our rejection of the “forced borrowing” argument of Samson and Ermineskin leaves open several questions: (1) whether the Crown could and should have put the money to some other use once it was deposited into the Consolidated Revenue Fund (such as acquiring income-earning investments or establishing a separately managed trust fund); (2) whether the Crown properly compensated Samson and Ermineskin for the use of their money; and (3) whether the Crown was

l’article 64 de la *Loi sur les Indiens*. De l’avis de Samson et d’Ermineskin, il s’agit là d’un « emprunt forcé » par la Couronne des sommes d’argent de leurs comptes en capital, ce qui est inapproprié ou illégal sans leur consentement, parce que cette façon de procéder va à l’encontre soit des principes applicables à la fiducie de common law, soit à l’obligation prépondérante de la Couronne de traiter les Indiens et d’administrer leur argent d’une façon honorable qui est compatible avec les promesses du Traité n° 6.

[119] Nous présumons que, lorsque la Couronne reçoit les redevances de Samson et d’Ermineskin, elle ne peut simplement conserver l’argent sous forme d’espèces et le ranger dans des boîtes jusqu’à ce que Samson ou Ermineskin en ait besoin pour ses dépenses. Elle doit plutôt, tel qu’il est expliqué plus haut, verser les redevances au crédit des comptes en capital de Samson et d’Ermineskin au Trésor. La Couronne est donc automatiquement tenue de payer ces montants à Samson et à Ermineskin conformément aux conditions de l’article 64 de la *Loi sur les Indiens*. Par effet de la loi, cette obligation constitue une dette qui porte intérêt, comme la Couronne l’a toujours reconnu dans ses comptes publics.

[120] Dans les faits, ce traitement des sommes d’argent du compte en capital de Samson et d’Ermineskin donne lieu à l’utilisation par la Couronne de l’argent à ses propres fins, tant et aussi longtemps que l’obligation de la Couronne envers Samson et Ermineskin subsiste ou, en d’autres termes, jusqu’à ce que l’argent soit dépensé conformément à l’article 64. S’il s’agit effectivement en pratique d’un « emprunt forcé », cette situation constitue une conséquence inévitable de l’effet combiné de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et elle est donc légale.

[121] Notre rejet de l’argument de Samson et d’Ermineskin concernant l’« emprunt forcé » laisse plusieurs questions en suspens : 1) la question de savoir si la Couronne aurait pu et aurait dû affecter l’argent à un autre usage dès que celui-ci a été versé au Trésor (comme l’acquisition de placements productifs de revenu ou la constitution d’un fonds de fiducie géré séparément); 2) la question de savoir si la Couronne a versé une indemnité suffisante à Samson et à Ermineskin

unjustly enriched by the use of that money. Those issues are discussed below.

(d) Whether the royalties could and should have been invested

[122] Samson and Ermineskin argue that because the Crown is a trustee of the capital moneys that are held in the Consolidated Revenue Fund, it follows that the Crown is obliged by the common law of trusts to invest those moneys, and in so doing, to meet the standard of care described as follows in *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at page 315:

Traditionnally, the standard of care and diligence required of a trustee in administering a trust is that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs (*Learoyd v. Whiteley* ((1887), 12 App. Cas. 727), at p. 733; *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12th ed., art. 49; *Restatement of the Law on Trusts*, 2nd ed., para. 174) and traditionally the standard has been applied equally to professional and non-professional trustees.

[123] The Crown does not deny that it is a trustee of the royalties of Samson and Ermineskin when it receives them, and for as long as it holds those capital moneys in the Consolidated Revenue Fund, but argues that its obligations as trustee are not determined by common-law principles, but by the *Indian Act*.

(1) The Indian Act

[124] The Crown argues that it does not have a duty to invest the capital moneys of Samson and Ermineskin as though it were a common-law trustee, because Parliament has enacted statutory provisions that are not consistent with that common-law duty. Specifically, the Crown argues that any exercise of the right of disposal of the capital moneys of a band, including any use of those moneys to acquire income-earning investments, is subject to the requirements of the *Financial Administration Act* and the *Indian Act*. Section 64 of the *Indian Act* precludes the Crown from making any use of the capital moneys of a band without the consent of the band council. Samson and Ermineskin concede that their

à l'égard de l'utilisation de leur argent; et 3) la question de savoir si la Couronne a bénéficié d'un enrichissement sans cause par suite de l'utilisation de cet argent. Ces questions sont commentées ci-dessous.

d) Les redevances auraient-elles pu et auraient-elles dû être investies?

[122] Samson et Ermineskin soutiennent que, étant donné que la Couronne est fiduciaire des sommes d'argent du compte en capital détenu au Trésor, elle est tenue d'investir cet argent en vertu des règles de common law applicables aux fiducies et, ce faisant, de respecter la norme de prudence décrite comme suit dans *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, à la page 315 :

Traditionnellement, le soin et la diligence que l'on exige d'un fiduciaire dans l'administration d'une fiducie sont ceux qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires (*Learoyd c. Whiteley* ((1887), 12 App. Cas. 727, à la p. 733; *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12<sup>e</sup> éd., art. 49; *Restatement of the Law on Trusts*, 2<sup>e</sup> éd., par. 174) et, traditionnellement, le critère a été appliqué aussi bien aux fiduciaires professionnels qu'aux non professionnels.

[123] La Couronne ne nie pas qu'elle est fiduciaire des redevances de Samson et d'Ermineskin lorsqu'elle les reçoit et tant et aussi longtemps qu'elle détient cet argent au Trésor, mais soutient que ses obligations en qualité de fiduciaire ne sont pas déterminées par les principes de la common law, mais plutôt par la *Loi sur les Indiens*.

1) La Loi sur les Indiens

[124] La Couronne fait valoir qu'elle n'est pas tenue d'investir l'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin comme si elle était un fiduciaire visé par les règles de common law, parce que le Parlement a édicté des dispositions législatives qui sont incompatibles avec cette obligation reconnue en common law. Plus précisément, la Couronne estime que tout exercice du droit d'utiliser les sommes d'argent du compte en capital d'une bande, notamment pour l'acquisition de placements productifs de revenu, est assujéti aux exigences de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de la *Loi sur les Indiens*. L'article 64 de la *Loi sur les Indiens* empêche la Couronne

respective band councils have not provided the requisite consent. Therefore, the Crown could not have used the capital moneys of Samson or Ermineskin to make investments for their benefit.

[125] We agree with the Crown that, because of section 64 of the *Indian Act*, the Crown cannot act unilaterally to use the capital moneys of a band to make income-earning investments for the benefit of the bands, as a common-law trustee would. That conclusion is reinforced by a consideration of the legislative history.

[126] As explained above, there was at one time a provision in the *Indian Act* that permitted the Crown to use a specified portion of the capital moneys of a band held by the Crown in trust to acquire income-earning investments: see, for example, section 70 of *The Indian Act*, 1880. That provision was the functional equivalent of the statutory investment authority found in the modern trust legislation of the provinces and territories: see, for example, the *Trustee Act*, R.S.A. 2000, c. T-8 (section 3 [as am. by S.A. 2001, c. 28, s. 2]), the *Trustee Act*, R.S.O. 1990, c. T.23 (section 27 [as am. by S.O. 1998, c. 18, Sch. B, s. 16; 2001, c. 9, Sch. B, s. 13]), the *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, c. 464 (section 15.1 [as enacted by S.B.C. 2002, c. 33, s. 23]), the *Civil Code of Québec*, S.Q. 1991, c. 64 (Articles 1278, 1339 and 1343), the *Trustee Act*, R.S.S. 1978, c. T-23 (section 3 [as am. by S.S. 1998, c. 40, s. 3]), the *Trustee Act*, C.C.S.M. c. T160 (section 68), the *Trustees Act*, R.S.N.B. 1973, c. T-15 (section 2), the *Trustee Act*, R.S.N.S. 1989, c. 479 (section 3 [as am. by S.N.S. 2002, c. 10, s. 45]), the *Trustee Act*, R.S.P.E.I. 1988, c. T-8 (section 2 [as am. by S.P.E.I. 1997, c. 51, s. 1]), the *Trustee Act*, R.S.N.L. 1990, c. T-10 (section 3 [as am. by S.N.L. 2000, c. 28, s. 1]), the *Trustee Act*, R.S.Y. 2002, c. 223 (section 2), the *Trustee Act*, R.S.N.W.T. 1988, c. T-8 (section 2).

d'utiliser les sommes d'argent du compte en capital d'une bande à quelque fin que ce soit sans le consentement du conseil de bande. Samson et Ermineskin admettent que leurs conseils de bande respectifs n'ont pas fourni le consentement exigé. En conséquence, la Couronne n'aurait pu utiliser les sommes d'argent du compte en capital de Samson ou d'Ermineskin pour faire des investissements à leur profit.

[125] Nous convenons avec la Couronne que, étant donné l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*, celle-ci ne peut agir unilatéralement en utilisant les sommes d'argent du compte en capital d'une bande pour faire des placements productifs de revenu au profit des bandes, comme le ferait le fiduciaire visé par les règles de common law. Cette conclusion est renforcée par un examen de l'évolution de différents textes législatifs.

[126] Tel que nous l'avons expliqué plus haut, la *Loi sur les Indiens* a déjà comporté une disposition qui permettait à la Couronne d'utiliser une partie précise des sommes d'argent du compte en capital d'une bande qu'elle détenait en fiducie pour acquérir des placements productifs de revenu : voir, par exemple, l'article 70 de l'*Acte relatif aux Sauvages*, 1880. Cette disposition équivalait à toutes fins utiles au pouvoir d'investissement énoncé dans la législation moderne sur les fiducies des provinces et des territoires. Voir, par exemple, la *Trustee Act*, R.S.A. 2000, ch. T-8 (article 3 [mod. par S.A. 2001, ch. 28, art. 2]), la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.O. 1990, ch. T.23 (article 27 [mod. par L.O. 1998, ch. 18, ann. B, art. 16; 2001, ch. 9, ann. B, art. 13]), la *Trustee Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 464 (article 15.1 [édicé par S.B.C. 2002, ch. 33, art. 23]), le *Code Civil du Québec*, L.Q. 1991, ch. 64 (articles 1278, 1339 et 1343), la *Trustee Act*, R.S.S. 1978, ch. T-23 (article 3 [mod. par S.S. 1998, ch. 40, art. 3]), la *Loi sur les fiduciaires*, C.P.L.M. ch. T160 (article 68), la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.N.-B. 1973, ch. T-15 (article 2), la *Trustee Act*, R.S.N.S. 1989, ch. 479 (article 3 [mod. par S.N.S. 2002, ch. 10, art. 45]), la *Trustee Act*, R.S.P.E.I. 1988, ch. T-8 (article 2 [mod. par S.P.E.I. 1997, ch. 51, art. 1]), la *Trustee Act*, R.S.N.L. 1990, ch. T-10 (article 3 [mod. par S.N.L. 2000, ch. 28, art. 1]), la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.Y. 2002, ch. 223 (article 2) et la *Loi sur les fiduciaires*, L.R.T.N.-O 1988, ch. T-8 (article 2).



[127] Section 70 of *The Indian Act*, 1880 was repealed in 1951. The inescapable inference is that in 1951, Parliament withdrew from the Crown the authority to invest the capital moneys of a band held by the Crown in trust. There is no federal legislation of general application that deals with the rights and obligations of the trustee of a trust established or governed by federal law, and no federal legislation replacing the provision that was repealed in 1951. We find no legal basis upon which this Court can find that the Crown has the legal authority to invest Indian moneys, in the face of an Act of Parliament in 1951 that intentionally took that authority away from the Crown.

[128] If Parliament had intended the Minister to have a duty to invest Indian moneys held in trust in the Consolidated Revenue Fund, appropriate legislation could have been enacted, but that has not been done. Certainly Parliament knows how to enact such legislation. There are federal statutory schemes that contemplate the investment of funds under the management of a federal authority. The two most prominent examples are the *Canada Pension Plan Investment Board Act*, S.C. 1997, c. 40 (see section 5 [as am. by S.C. 2003, c. 5, s. 13]), and the *Public Sector Pension Investment Board Act*, S.C. 1999, c. 34 (see section 4 [as am. by S.C. 2005, c. 10, s. 34]).

## (2) Section 15 of the Charter

[129] At trial and in this appeal, Samson and Ermineskin have challenged the constitutional validity or operability of sections 61 to 68 of the *Indian Act* as contrary to section 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* [being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]]. They argue that if this Court finds that those provisions preclude them from asserting a claim for damages for a breach by the Crown of the common-law duties of a trustee, the result is discrimination that contravenes subsection 15(1) of the Charter. They argue that, because they are Indians, they have been deprived by the *Indian Act* of the rights that are available to non-Indian individuals whose property is held in trust.

[127] L'article 70 de l'*Acte relatif aux Sauvages*, 1880, a été abrogé en 1951. Il s'ensuit inévitablement qu'en 1951, le Parlement a retiré à la Couronne le pouvoir d'investir l'argent du compte en capital d'une bande qu'elle détenait en fiducie. Il n'y a aucune loi fédérale d'application générale qui porte sur les droits et obligations du fiduciaire d'une fiducie constituée ou régie par une loi fédérale, non plus qu'aucune loi fédérale qui a remplacé la disposition abrogée en 1951. À notre avis, il n'y a aucun fondement juridique permettant à la Cour de conclure que la Couronne est légalement autorisée à investir l'argent des Indiens, eu égard à l'existence d'une loi fédérale de 1951 qui a intentionnellement retiré ce pouvoir à la Couronne.

[128] Si le Parlement avait voulu que le ministre soit tenu d'investir l'argent des Indiens détenu en fiducie au Trésor, il aurait pu édicter un texte législatif en ce sens, mais il ne l'a pas fait. Le Parlement sait certainement comment procéder à cette fin. Il existe des régimes législatifs fédéraux qui prévoient l'investissement des fonds gérés par une autorité fédérale. Les deux exemples les plus connus sont la *Loi sur l'Office d'investissement du régime de pensions du Canada*, L.C. 1997, ch. 40 (voir l'article 5 [mod. par L.C. 2003, ch. 5, art. 13]), et la *Loi sur l'Office d'investissement des régimes de pensions du secteur public*, L.C. 1999, ch. 34 (voir l'article 4 [mod. par L.C. 2005, ch. 10, art. 34]).

## 2) L'article 15 de la Charte

[129] À l'instruction et dans le présent appel, Samson et Ermineskin ont contesté la validité ou l'applicabilité constitutionnelle des articles 61 à 68 de la *Loi sur les Indiens*, qui iraient à l'encontre de l'article 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* [qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]]. Elles soutiennent que, si la Cour d'appel conclut que ces dispositions les empêchent de réclamer des dommages-intérêts pour cause de manquement par la Couronne aux obligations que la common law impose au fiduciaire, le résultat constituera une forme de discrimination allant à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. Elles ajoutent que, parce qu'elles sont des Indiens, elles ont été privées par la *Loi sur les Indiens* des droits que peuvent faire valoir les autres personnes dont les biens sont détenus en fiducie.

[130] Subsection 15(1) reads as follows:

15. (1) Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

[131] The Judge rejected the Charter challenge because he concluded that the bands (that is, the Samson Nation and the Ermineskin Nation) have no standing to assert it (Judge's reasons in *Samson* at paragraphs 778 to 780 and in *Ermineskin* at paragraphs 319 to 321; see also *Nechako Lakes School District No. 91 v. Patrick* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 364 (S.C.), at paragraphs 103 to 111).

[132] Samson and Ermineskin do not challenge the conclusion that the bands, as such, do not have standing to make a Charter challenge based on subsection 15(1). They rely on the fact that these are representative actions. The representatives are the Chief of the Samson Nation and the Chief and Council of the Ermineskin Nation, but the real claimants are the individuals who are members of the Samson Nation and the Ermineskin Nation. Samson and Ermineskin argue that those individuals have standing to challenge the provisions of the *Indian Act* based on subsection 15(1) of the Charter, because they are asserting a claim in respect of their interest in the property of the band of which they are members.

[133] Even if the individual band members had standing, they would have no interest to enforce under the relevant provisions of the *Indian Act*. There can be a remedy under subsection 15(1) of the Charter only where a personal right has been infringed. The claim in this case is not a claim in relation to a personal right, but a claim relating to the management of property of the band. The right of a member of an Indian band in relation to band property is a communal right, not a personal right. That is explained by Justice Rothstein, writing for this Court in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [2001] 4 F.C.

[130] Le paragraphe 15(1) est ainsi libellé :

15. (1) La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[131] Le juge de première instance a rejeté l'argument fondé sur la Charte, parce qu'il a conclu que les bandes (en l'occurrence la nation de Samson et la nation d'Ermineskin) n'ont pas la qualité voulue pour l'invoquer (motifs du jugement de première instance dans *Samson*, aux paragraphes 778 à 780, et dans *Ermineskin*, aux paragraphes 319 à 321; voir également *Nechako Lakes School District No. 91 c. Patrick* (2002), 97 B.C.L.R. (3d) 364 (C.S.), aux paragraphes 103 à 111).

[132] Samson et Ermineskin ne contestent pas la conclusion selon laquelle les bandes n'ont pas la qualité voulue, à ce titre, pour invoquer un argument fondé sur le paragraphe 15(1) de la Charte. Elles se fondent sur le fait que les présents litiges sont des recours collectifs. Les représentants sont le chef de la nation de Samson ainsi que le chef et le conseil de la nation d'Ermineskin, mais les véritables demandeurs sont les membres de ces deux nations. Samson et Ermineskin font valoir que ces personnes ont qualité pour contester les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en se fondant sur le paragraphe 15(1) de la Charte, parce qu'elles font valoir une réclamation concernant leur droit sur les biens de la bande dont elles sont membres.

[133] Même si les membres des bandes avaient qualité pour agir, ils n'auraient aucun intérêt à faire valoir en vertu des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*. Un recours fondé sur le paragraphe 15(1) de la Charte peut être exercé uniquement lorsqu'il y a eu atteinte à un droit personnel. La réclamation dont il s'agit en l'espèce ne concerne pas un droit personnel, mais plutôt la gestion des biens de la bande. Le droit d'un membre d'une bande indienne sur les biens de celle-ci est un droit collectif et non un droit personnel. C'est ce qu'explique le juge Rothstein au paragraphe 16 des motifs du jugement qu'il a rendu au nom de la Cour d'appel fédérale dans *Bande indienne de Blueberry*

451 (C.A.), at paragraph 16:

. . . it does not follow that because an Indian band is not a legal entity, rights accruing to the band are the rights of its members or their descendants in their individual capacities. The definition of “band” uses the term “in common” in relation to the interest that the members of the band have in the reserve. The term “in common” connotes a communal, as opposed to a private interest in the reserve, by the members of the band. In other words, an individual member of a band has an interest in association with, but not independent of the interest of the other members of the band.

[134] The interests at issue in these cases are the rights of the bands in relation to their royalties, which comprise most if not all of the capital moneys of the bands. Those moneys are the property of the bands (see section 62 and subsection 64(1) of the *Indian Act*). The individuals who are members of the bands have, together, a communal interest in the property of the band (including the capital moneys), but none of them has a personal right to that property, or to a share of that property. In our view, the fact that the claims in each of these cases have been asserted by band members through representatives does not convert what is essentially a claim relating to band property into a claim relating to the personal rights of the members of the bands. We conclude that subsection 15(1) of the Charter is of no assistance to Samson or Ermineskin in advancing any claims made in the money management phase of their actions.

### (3) The Financial Administration Act

[135] Samson and Ermineskin argue, in slightly different ways, that even if the Crown is required by the *Financial Administration Act* to pay the royalties into the Consolidated Revenue Fund, and even if the *Indian Act* contains no investment authority, there are provisions of the *Financial Administration Act* that would authorize the Crown to use the money to make income-earning investments for the benefit of the bands. That argument is supported by two alternative lines of reasoning, one based on subsection 21(1) of the

*River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [2001] 4 C.F. 451 (C.A.), au paragraphe 16 :

Il ne s'ensuit toutefois pas que, parce qu'une bande indienne n'est pas une entité dotée de la personnalité morale, les droits dévolus à la bande appartiennent à ses membres ou à leurs descendants à titre personnel. On trouve en effet dans la définition du mot « bande », l'adjectif « communs » qui qualifie les droits que les membres possèdent sur la réserve. Ce mot évoque un droit collectif sur la réserve, par opposition à un droit privé, que possèdent les membres de la bande. En d'autres termes, un membre déterminé de la bande possède un droit conjointement avec les autres membres de la bande mais pas indépendamment d'eux.

[134] Les intérêts en jeu dans les présents litiges sont les droits des bandes sur leurs redevances, qui constituent la majeure partie, sinon la totalité, des sommes d'argent du compte en capital des bandes. Cet argent appartient aux bandes (voir l'article 62 et le paragraphe 64(1) de la *Loi sur les Indiens*). Les personnes qui sont membres des bandes ont, ensemble, un droit collectif sur les biens de celles-ci (y compris l'argent du compte en capital), mais aucune d'elles n'a un droit personnel sur ces biens ou sur une quote-part de ces biens. À notre avis, le fait que ce soit des représentants des membres des bandes qui ont fait valoir les réclamations dans chacun des présents litiges n'a pas pour effet de convertir ce qui est essentiellement une réclamation relative aux biens des bandes en une réclamation touchant les droits personnels des membres en question. Nous concluons que Samson et Ermineskin ne peuvent invoquer le paragraphe 15(1) de la Charte pour faire valoir les réclamations formulées dans la phase de l'administration de l'argent de leurs actions.

### 3) La Loi sur la gestion des finances publiques

[135] Samson et Ermineskin soutiennent, au moyen d'arguments légèrement différents, que même si la Couronne est tenue par la *Loi sur la gestion des finances publiques* de verser les redevances au Trésor et même si la *Loi sur les Indiens* ne prévoit aucun pouvoir d'investissement, la *Loi sur la gestion des finances publiques* comporte des dispositions qui autoriseraient la Couronne à utiliser l'argent pour faire des placements productifs de revenu au profit des bandes. Cet argument s'appuie sur deux raisonnements distincts dont l'un est

*Financial Administration Act* (submitted by Samson and Ermineskin), the other based on section 18 [as am. by S.C. 1995, c. 17, s. 58] of the *Financial Administration Act* (submitted only by Samson).

[136] Subsection 21(1) of the *Financial Administration Act* reads as follows:

21. (1) Money referred to in paragraph (d) of the definition “public money” in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

[137] We summarize as follows the argument based on subsection 21(1) of the *Financial Administration Act*. Even if the royalties had to be paid into the Consolidated Revenue Fund, they did not have to stay there. If they fall within paragraph (d) of the definition of “public money” in section 2 of the *Financial Administration Act*, it must be because they were paid to the Crown for a particular purpose (to be held in trust for Samson and Ermineskin). If that is so, then it must also be the case that, according to subsection 21(1) of the *Financial Administration Act*, the royalties may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that same purpose, namely, to fulfil the purpose of the trust, or to benefit Samson or Ermineskin, as the case may be.

[138] The difficulty with this argument is that it ignores the proviso at the end of subsection 21(1), “subject to any statute applicable thereto”. The *Indian Act* applies to the royalties. It characterizes them as capital moneys and permits them to be expended, but only in accordance with section 64 of the *Indian Act*. There is nothing in section 64 that can possibly be interpreted to authorize capital moneys of a band to be invested by the Crown in the manner in which a trustee would invest it, that is, by acquiring income earning property that the Crown in its sole discretion considers appropriate. On the contrary, the capital moneys of Samson and Ermineskin cannot be used for any purpose unless the statutory conditions in section 64 are met. One of those conditions is band council consent. It is conceded by Samson and Ermineskin that their

fondé sur le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (invoqué par Samson et Ermineskin) et l’autre, sur l’article 18 [mod. par L.C. 1995, ch. 17, art. 58] de cette même Loi (invoqué uniquement par Samson).

[136] Voici le texte du paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques* :

21. (1) Les fonds visés à l’alinéa d) de la définition de « fonds publics » à l’article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

[137] Nous résumons comme suit l’argument fondé sur le paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Même si les redevances devaient être versées au Trésor, il n’était pas nécessaire qu’elles y restent. Si elles sont visées par l’alinéa d) de la définition de « fonds publics » figurant à l’article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, c’est forcément parce qu’elles ont été versées à la Couronne à des fins particulières (pour être détenues en fiducie pour Samson et Ermineskin). Si tel est le cas, cela signifie également que, conformément au paragraphe 21(1) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, les redevances peuvent être prélevées sur le Trésor aux mêmes fins, soit pour réaliser l’objet de la fiducie ou pour avantager Samson ou Ermineskin, selon le cas.

[138] Le problème inhérent à cet argument réside dans le fait qu’il ne tient pas compte des mots « sous réserve des lois applicables » qui figurent à la fin du paragraphe 21(1). La *Loi sur les Indiens* s’applique aux redevances. Elle les caractérise comme des sommes d’argent du compte en capital et permet qu’elles soient dépensées, mais uniquement conformément à l’article 64 de la même Loi. Aucun élément de cette disposition ne peut être interprété de manière à autoriser la Couronne à investir l’argent du compte en capital d’une bande de la façon dont un fiduciaire l’investirait, c’est-à-dire en faisant l’acquisition de biens productifs de revenu que la Couronne seule estime souhaitables. Au contraire, l’argent du compte en capital de Samson et d’Ermineskin ne peut être utilisé à quelque fin que ce soit à moins que les conditions énoncées à l’article 64 ne

respective band councils have not given the requisite consent.

[139] Section 18 of the *Financial Administration Act* read as follows (until its repeal in 1999, S.C. 1999, c. 26, s. 20):

18. (1) In this section, “securities” means securities of or guaranteed by Canada and includes any other securities described in the definition “securities” in section 2.

(2) The Minister may, when he or she deems it advisable for the sound and efficient management of public money or the public debt, purchase or acquire securities, including securities on their issuance, pay for the securities out of the Consolidated Revenue Fund and hold the securities.

(3) The Minister may sell or lend any securities purchased, acquired or held pursuant to subsection (2), and the proceeds of the sales or lending shall be deposited to the credit of the Receiver General.

(4) Any net profit resulting in any fiscal year from the purchase, holding, sale or lending of securities pursuant to this section shall be credited to the revenues of that fiscal year, and any net loss resulting in any fiscal year from that purchase, holding, sale or lending shall be charged to an appropriation provided by Parliament for the purpose.

(5) For the purposes of subsection (4), the net profit or loss in any fiscal year shall be determined by taking into account realized profits and losses on securities sold or loaned, the amortization applicable to the fiscal year of premiums and discounts on securities, and interest applicable to the fiscal year.

[140] We summarize as follows the argument of Samson based on subsection 18(2) of the *Financial Administration Act*. If the royalties are public money, then every provision of the *Financial Administration Act* that refers to public money must apply to it. Since subsection 18(2) authorizes the Minister of Finance to invest public money, the Minister of Finance is authorized to invest the royalties.

[141] We are unable to accept this argument. In our view, section 18 of the *Financial Administration Act* is not intended to function as statutory authority for the investment of Indian moneys for the benefit of the bands. Rather, section 18 contemplates the investment

soient réunies. Une de ces conditions réside dans le consentement du conseil de bande. Samson et Ermineskin admettent que leurs conseils de bande respectifs n'ont pas donné le consentement nécessaire.

[139] Voici le texte de l'article 18 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* (jusqu'à son abrogation en 1999, L.C. 1999, ch. 26, art. 20) :

18. (1) Au présent article, « valeurs » s'entend des titres émis ou garantis par le Canada, ainsi que de ceux qui sont mentionnés dans la définition de « valeurs » ou « titres » à l'article 2.

(2) Le ministre peut, lorsqu'il le juge opportun pour la bonne gestion des fonds publics ou de la dette publique, acheter ou acquérir des valeurs, y compris lors de leur émission, les payer sur le Trésor et les détenir.

(3) Le ministre peut vendre ou prêter les valeurs ainsi achetées, acquises ou détenues; le produit de la vente ou du prêt est déposé au crédit du receveur général.

(4) Au cours d'un exercice, les bénéfices nets qui résultent de l'achat, de la détention, de la vente ou du prêt de valeurs sous le régime du présent article sont ajoutés aux recettes de cet exercice, et les pertes nettes qui résultent des mêmes opérations sont imputées à un crédit voté par le Parlement à cette fin.

(5) Pour l'application du paragraphe (4), il est tenu compte, dans le calcul des bénéfices ou pertes nets d'un exercice, des bénéfices ou pertes résultant de la vente ou du prêt de valeurs, ainsi que de l'amortissement concernant les primes et escomptes sur les valeurs et de l'intérêt applicables à l'exercice.

[140] Nous résumons comme suit l'argument de Samson qui est fondé sur le paragraphe 18(2) de la *Loi sur la gestion des finances publiques*. Si les redevances constituent des fonds publics, chaque disposition de cette loi qui renvoie aux fonds publics doit s'appliquer à elles. Étant donné que le paragraphe 18(2) permet au ministre des Finances d'investir les fonds publics, celui-ci est autorisé à investir les redevances.

[141] Nous ne pouvons souscrire à cet argument. À notre avis, l'article 18 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* n'a pas pour but de servir d'autorisation législative aux fins de l'investissement de l'argent des Indiens à l'avantage des bandes. L'article

of the Crown's own money for the account of the Crown. It is the Crown that is entitled to the profits from any investments made under section 18, and that bears any investment losses (see subsection 18(4)). If Parliament had intended subsection 18(2) to be interpreted to permit the investment of Indian moneys as a trustee would invest it, section 18 would have provided that any profits and losses from the investments would be for the account of the bands, not the Crown.

[142] Section 18 of the *Financial Administration Act* was replaced in 1999 by what is now section 46 (S.C. 1999, c. 26, sections 20 and 22). Samson made no submissions relating to the current provision.

(4) Whether the statutory scheme breaches or results in a breach of Treaty No. 6

[143] Samson and Ermineskin argue, in slightly different ways, that their rights in relation to their capital moneys are treaty rights, and thus must be recognized as constitutional rights pursuant to section 35 of the *Constitution Act, 1982*, and cannot be abrogated by statute. It follows, they argue, that if the statutory scheme precludes the Crown from investing Indian moneys as a trustee is obliged to do, then either the statutory scheme cannot stand, or it must be read down.

[144] We are prepared to assume, without deciding, that Treaty No. 6 might have been understood by the Indian signatories as establishing a promise on the part of the Crown to hold Indian moneys in trust, at least in so far as the Indian moneys were derived from the disposition of reserve land or an interest in reserve land. In 1876, when Treaty No. 6 was signed, the *Indian Act* gave the Governor in Council complete control over Indian moneys held in trust, and permitted the moneys to be invested without band consent [*The Indian Act*, 1876, S.C. 1876, c. 18, ss. 58, 59, 60].

18 concerne plutôt l'investissement des propres fonds de la Couronne pour le compte de celle-ci. C'est la Couronne qui a droit aux bénéfices découlant de tout investissement fait au titre de l'article 18 et qui supporte toutes les pertes de placement (voir le paragraphe 18(4)). Si le législateur avait voulu que le paragraphe 18(2) soit interprété de manière à permettre à la Couronne d'investir l'argent des Indiens comme le ferait un fiduciaire, l'article 18 aurait énoncé que les bénéfices et pertes découlant des investissements sont imputés aux bandes, et non à la Couronne.

[142] L'article 18 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* a été remplacé en 1999 par la disposition qui est l'actuel article 46 (L.C. 1999, ch. 26, articles 20 et 22). Samson n'a formulé aucun argument au sujet de la disposition actuellement en vigueur.

4) Le régime législatif va-t-il à l'encontre du Traité n° 6 ou donne-t-il lieu à une atteinte à celui-ci?

[143] Samson et Ermineskin font valoir, de manières légèrement différentes, que leurs droits liés aux sommes d'argent de leur compte en capital sont des droits issus de traités; par conséquent, ils doivent être reconnus à titre de droits constitutionnels conformément à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* et ne peuvent être abrogés par une loi. Il s'ensuit, selon elles, que si le régime législatif empêche la Couronne d'investir l'argent des Indiens comme un fiduciaire est tenu de le faire, ledit régime ne peut demeurer en vigueur ou sa portée doit en être atténuée.

[144] Nous sommes disposés à présumer, sans conclure en ce sens, que les signataires indiens pourraient avoir interprété le Traité n° 6 comme un document établissant une promesse de la Couronne de détenir l'argent des Indiens en fiducie, du moins dans la mesure où cet argent provenait de l'aliénation des terres de réserve ou d'un droit sur ces terres. En 1876, lorsque le Traité n° 6 a été signé, l'*Acte des Sauvages* accordait au gouverneur en conseil le contrôle complet sur l'argent des Indiens détenu en fiducie et permettait que cet argent soit investi sans le consentement de la bande [*Acte des Sauvages*, 1876, S.C. 1876, ch. 18, art. 58, 59, 60].

[145] However, the record contains nothing from which we can infer that the Crown promised that the statutory investment power in the *Indian Act* would remain forever unchanged. In fact, that investment power was repealed in 1951, after consultation, with no evidence of any objection by Samson or Ermineskin, or any other band. In our view, the repeal of the statutory investment power does not infringe or deprive Samson and Ermineskin of any of their rights under Treaty No. 6.

(e) Whether the Crown was obliged to propose an investment plan

[146] The constraints represented by the *Indian Act* and the *Financial Administration Act* do not preclude all investment of the capital moneys of Samson and Ermineskin. That was finally demonstrated by the transfer of the Samson capital moneys to the Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund. Samson and Ermineskin argue that the Crown should have recognized long ago that its interpretation of the scope of paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act* was too narrow, and should have devised an appropriate investment proposal that would conform to the requirements of paragraph 64(1)(k), and put the proposal to Samson and Ermineskin to seek their consent. They also argue that the Crown, in arguing that it was not required to take this initiative, is improperly trying to shift its legal obligation as trustee to the beneficiaries of the trust.

[147] We do not agree with Samson and Ermineskin that the Crown had a legal obligation to take the initiative to propose a plan of investment for the capital moneys of Samson and Ermineskin. Section 64 of the *Indian Act* empowers the Minister to “authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band” with the consent of the band council. That presupposes that a proposal for the expenditure of capital moneys is to be made by the band council, and that the Minister would consider whether to authorize it, with or without directions. We are unable to read into the expression “authorize and direct” an obligation on the part of the Crown to make a proposal for expenditure.

[145] Cependant, aucun élément du dossier ne nous permet de déduire que la Couronne a promis que le pouvoir d'investissement prévu dans l'*Acte des Sauvages* demeurerait en vigueur à jamais. En fait, ce pouvoir d'investissement a été abrogé en 1951, après la tenue de consultations à ce sujet, sans qu'aucune objection n'ait apparemment été formulée par Samson ou Ermineskin ou par une autre bande. À notre avis, l'abrogation du pouvoir d'investissement législatif ne prive pas Samson et Ermineskin de leurs droits découlant du Traité n° 6 ni ne porte atteinte à ces droits.

e) La Couronne était-elle tenue de proposer un plan d'investissement?

[146] Les restrictions découlant de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur la gestion des finances publiques* n'interdisent pas tout type d'investissement des sommes d'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin. C'est ce qu'a démontré en dernier ressort le transfert de l'argent du compte en capital de Samson au Kisoniyaminaw Heritage Trust Fund. Selon Samson et Ermineskin, la Couronne aurait dû reconnaître depuis longtemps que son interprétation de la portée de l'alinéa 64(1)k de la *Loi sur les Indiens* était trop restrictive et aurait dû concevoir une proposition d'investissement satisfaisante qui aurait respecté les exigences de cette disposition et présenter celle-ci à Samson et Ermineskin afin d'obtenir leur consentement. Elles ajoutent qu'en soutenant qu'elle n'était pas tenue de prendre cette initiative, la Couronne cherche indûment à transférer son obligation juridique comme fiduciaire aux bénéficiaires de la fiducie.

[147] Contrairement à ce que font valoir Samson et Ermineskin, nous ne croyons pas que la Couronne était légalement tenue de prendre l'initiative et de proposer un plan d'investissement en ce qui concerne l'argent du compte en capital de ces bandes. En vertu de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*, le ministre est habilité à « autoriser et prescrire » la dépense de sommes d'argent du compte en capital de la bande avec le consentement du conseil de bande. Cela présuppose que le conseil de bande doit présenter une proposition concernant la dépense de sommes d'argent du compte en capital afin que le ministre l'examine et se demande s'il y a lieu d'autoriser la dépense en question, avec ou sans directives. Nous ne pouvons déduire des mots

[148] In our view, this interpretation of paragraph 64(1)(k) accords with the intention of Parliament to give the bands the initiative with respect to the use of their capital moneys. It also accords with common sense. Generally, it is to be expected that Samson and Ermineskin are in a better position than the Minister to determine what expenditures are required. If a request is made for the expenditure of the capital moneys of a band for the purpose of investment, then it is reasonable for the Minister to require a plan of investment to satisfy itself that the expenditure is for the benefit of the band as required by paragraph 64(1)(k).

[149] This conclusion is also consistent with the long-standing practice of the Minister in relation to the expenditure of the capital moneys of Samson and Ermineskin. Typically, the band council determines a need for an expenditure of capital moneys and prepares a band council resolution, which is then submitted to the Minister for authorization. With respect to the Peace Hills Trust, for example, the Samson Band council prepared a resolution for the expenditure of capital moneys for economic development purposes and the establishment of Peace Hills Trust. Those Band council resolutions were approved by the Minister, \$35 million was released and the Peace Hills Trust was established.

(f) Unjust enrichment

[150] The claims of Samson and Ermineskin for breach of trust are framed in a number of different ways, most relating in some way to the argument that the Crown has a duty to invest the royalties as a trustee would do. We have rejected that argument for the reasons explained above. An alternative basis for the breach of trust argument is that, by making use of the capital moneys of Samson and Ermineskin and paying the rate of interest that it did, the

« autoriser et prescrire » l'existence d'une obligation de la part de la Couronne de présenter une proposition relative à une dépense.

[148] À notre avis, cette interprétation de l'alinéa 64(1)k) va de pair avec l'intention du législateur de donner aux bandes l'initiative en ce qui concerne l'utilisation des sommes d'argent de leur compte en capital. Elle va également de pair avec le bon sens. Généralement, il y a tout lieu de penser que Samson et Ermineskin sont mieux placées que le ministre pour déterminer les dépenses qui sont nécessaires. En cas de demande relative à la dépense des sommes d'argent du compte en capital d'une bande à des fins d'investissement, il est raisonnable de la part du ministre d'exiger un plan d'investissement pour s'assurer que la dépense est à l'avantage de la bande, comme le prévoit l'alinéa 64(1)k).

[149] Cette conclusion est également compatible avec la pratique que le ministre suit depuis longtemps en ce qui concerne la dépense des sommes d'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin. Habituellement, le conseil de bande détermine qu'une dépense de sommes d'argent de son compte en capital est nécessaire et prépare une résolution, qui est ensuite soumise au ministre à des fins d'autorisation. Dans le cas de la Peace Hills Trust (fiducie Peace Hills), par exemple, le conseil de bande de Samson a préparé une résolution concernant la dépense de sommes d'argent du compte en capital aux fins du développement économique et de la constitution de ladite fiducie. Le ministre a approuvé ces résolutions du conseil de bande, un montant de 35 000 000 \$ a été débloqué et la fiducie Peace Hills a été constituée.

f) Enrichissement sans cause

[150] Les arguments que Samson et Ermineskin invoquent au sujet de la question de l'abus de confiance sont différents à plusieurs égards, notamment en ce qui concerne l'obligation de la Couronne d'investir les redevances comme le ferait un fiduciaire. Nous avons rejeté cet argument pour les raisons exposées ci-dessus. L'allégation de l'abus de confiance est également fondée sur l'argument selon lequel, en utilisant les sommes d'argent du compte en capital de Samson et



Crown was unjustly enriched.

[151] In our view, if the elements of unjust enrichment are established on the facts of these cases, Samson and Ermineskin would be entitled to a remedy. It seems to us axiomatic that the Crown should not be permitted to enrich itself to the detriment of Samson and Ermineskin. That would be a breach of the Crown's fiduciary obligations to Samson and Ermineskin, and more fundamentally it would not be consistent with the honour of the Crown.

[152] The question of unjust enrichment arises inevitably from the statutory scheme, which requires the Crown to retain the capital moneys of Samson and Ermineskin in the Consolidated Revenue Fund, and thus to use the moneys. If the Crown fails to compensate Samson and Ermineskin appropriately for that use, there would be unjust enrichment.

[153] In *Garland v. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 S.C.R. 629, Justice Iacobucci stated the test for unjust enrichment (at paragraph 30):

As a general matter, the test for unjust enrichment is well established in Canada. The cause of action has three elements: (1) an enrichment of the defendant; (2) a corresponding deprivation of the plaintiff; and (3) an absence of juristic reason for the enrichment (*Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, at p. 848; *Peel (Regional Municipality) v. Canada*, [1992] 3 S.C.R. 762, at p. 784).

[154] The Judge reasoned that there was no deprivation because the Crown paid Samson and Ermineskin the interest required by law (that is, the Orders in Council), but even if there was a deprivation those Orders in Council provided the necessary juristic reason (Judge's reasons in *Samson*, at paragraph 710, and in *Ermineskin* at paragraph 291).

[155] The Judge also concluded that the Crown was not enriched. Samson and Ermineskin argued at trial,

d'Ermineskin et en payant le taux d'intérêt qu'elle a versé, la Couronne s'est injustement enrichie.

[151] À notre avis, si les éléments de l'enrichissement sans cause sont établis d'après les faits des présentes affaires, Samson et Ermineskin auraient droit à une réparation. Il va de soi, selon nous, que la Couronne ne devrait pas être autorisée à s'enrichir au détriment de Samson et d'Ermineskin. Cet enrichissement constituerait un manquement aux obligations fiduciaires de la Couronne envers Samson et Ermineskin et, plus fondamentalement, il ne serait pas compatible avec l'honneur de la Couronne.

[152] La question de l'enrichissement sans cause découle inévitablement du régime législatif, qui oblige la Couronne à détenir les sommes d'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin au Trésor et, par conséquent, à utiliser l'argent. Si la Couronne ne verse pas un dédommagement approprié à Samson et à Ermineskin à l'égard de cette utilisation, il y aurait enrichissement sans cause.

[153] Dans *Garland c. Consumers' Gas Co.*, [2004] 1 R.C.S. 629, le juge Iacobucci a énoncé comme suit le critère relatif à l'enrichissement sans cause (au paragraphe 30) :

En général, le critère applicable en matière d'enrichissement sans cause est bien établi au Canada. La cause d'action comporte trois éléments : (1) l'enrichissement du défendeur, (2) l'appauvrissement correspondant du demandeur et (3) l'absence de motif juridique justifiant l'enrichissement (*Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, p. 848; *Peel (Municipalité régionale) c. Canada*, [1992] 3 R.C.S. 762, p. 784).

[154] De l'avis du juge de première instance, il n'y a pas eu d'appauvrissement en l'espèce, parce que la Couronne a versé à Samson et à Ermineskin l'intérêt exigé par la loi (c'est-à-dire par les décrets), mais même s'il y avait eu appauvrissement, ces décrets énonçaient le motif juridique nécessaire (motifs du jugement de première instance dans *Samson*, au paragraphe 710, et dans *Ermineskin*, au paragraphe 291).

[155] Le juge de première instance a également conclu que la Couronne n'avait pas bénéficié d'un

and in these appeals, that because their capital moneys were on deposit in the Consolidated Revenue Fund for long periods of time and the Crown did not lock in high interest rates when they prevailed for long-term federal government debt (especially during the early 1980s), the Crown was enriched because it paid less for the use of Indian moneys than it did for other long-term debt.

[156] The factual premise of the enrichment argument is that if the Crown had not had access to Indian moneys in the Consolidated Revenue Fund, it would necessarily have borrowed more money from others by issuing more long-term government debt, which bore a higher rate of interest than the rate established by the Orders in Council.

[157] In order to assess the validity of that factual premise, the Judge examined and analysed a considerable body of conflicting expert evidence. In the end, he preferred on this point the expert evidence of Mr. King, a Crown witness, who was an economist with specific expertise in government debt management. Mr. King's opinion, based on the Crown's debt strategy during the relevant period, was that if the Crown had not had access to Indian moneys (that is, if the Indian moneys had never existed), the Crown would have issued more treasury bills or a mix of treasury bills and whatever long-term bonds the Crown had targeted for the relevant period. Either choice would have resulted in a lower cost to the Crown than the interest actually paid on the Indian moneys from 1971 to 2000. It follows that the Crown was not enriched by having paid interest on Indian moneys at the rates established by the Orders in Council. In fact, the Crown could and would have obtained the same funding less expensively if the Indian moneys had not existed.

[158] In our opinion, the Judge approached the enrichment issue correctly when he asked himself what the Crown would have done had it not had access to the Indian moneys, and a careful review of the relevant evidence discloses no error in his assessment of the

enrichissement. À l'instruction et dans les présents appels, Samson et Ermineskin ont soutenu que, étant donné que l'argent de leur compte en capital a été déposé au Trésor pendant de longues périodes et que la Couronne n'a pas bloqué les taux d'intérêt élevés qui se sont appliqués (surtout au début des années 1980) à la dette à long terme du gouvernement fédéral, la Couronne a bénéficié d'un enrichissement, parce qu'elle a mieux rémunéré d'autres emprunts à long terme que l'argent des Indiens.

[156] L'argument de l'enrichissement est fondé sur le fait que, si la Couronne n'avait pas eu accès à l'argent des Indiens détenu au Trésor, elle aurait nécessairement emprunté plus d'argent auprès de tierces parties en émettant davantage de titres d'emprunt à long terme, dont le taux d'intérêt était supérieur au taux prescrit par les décrets.

[157] Afin d'évaluer la validité de cette hypothèse factuelle, le juge de première instance a examiné et analysé une abondante preuve d'expert conflictuelle. En bout de ligne, il a préféré sur ce point le témoignage de M. King, témoin expert de la Couronne qui était un économiste spécialisé dans la gestion de la dette publique. M. King, dont l'avis était fondé sur la stratégie d'endettement de la Couronne au cours de la période pertinente, estimait que, si la Couronne n'avait pas eu accès à l'argent des Indiens (c'est-à-dire, si l'argent des Indiens n'avait jamais existé), elle aurait émis davantage de bons du Trésor ou une combinaison de bons du Trésor et d'obligations à long terme selon la quantité ciblée pour la période pertinente. Dans l'un ou l'autre de ces cas, la Couronne aurait payé un coût moindre que les intérêts qu'elle a effectivement versés sur l'argent des Indiens de 1971 à 2000. Il s'ensuit que la Couronne n'a pas bénéficié d'un enrichissement en versant des intérêts sur l'argent des Indiens aux taux prescrits par les décrets. En fait, la Couronne aurait pu obtenir et aurait effectivement obtenu le même financement à un coût moindre si l'argent des Indiens n'avait pas existé.

[158] À notre avis, le juge de première instance a examiné correctement la question de l'enrichissement lorsqu'il s'est demandé ce que la Couronne aurait fait si elle n'avait pas eu à sa disposition l'argent des Indiens et un examen attentif des éléments de preuve pertinents

evidence on that point. For that reason, we have no basis for interfering with his conclusion that the Crown was not enriched by its use of the capital moneys of Samson and Ermineskin while it was held in the Consolidated Revenue Fund. As that element of the unjust enrichment test was not met, there was no unjust enrichment.

[159] Samson and Ermineskin criticize the Judge's unjust enrichment analysis because it seems to imply that the Crown can always avoid an unjust enrichment claim by requiring the interest rate on Indian moneys to be established by Order in Council, thereby establishing in every case a juristic reason for a particular rate of interest for the use of Indian moneys. In our view, that criticism is not sound. To illustrate by an absurd example, assume that during a certain period all market debt instruments bear interest at 12% per year or more, and that for the same period there is an Order in Council fixing the rate of interest on Indian moneys at 1% per year. In that situation it would be obvious that the Crown would be enriched and the bands correspondingly deprived. We doubt that on those facts, the existence of an Order in Council fixing a 1% interest rate would be accepted as a juristic reason for the enrichment.

(g) Rate of return

[160] Although the Crown did not have a duty to invest Indian moneys or to present a plan of investment, it did have an obligation to pay a rate of return on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund in accordance with subsection 61(2) of the *Indian Act*. It is clear that at all relevant times there was an Order in Council stipulating the rate of interest to be paid, and that interest was in fact paid accordingly. The only question is whether any rights of Samson and Ermineskin were breached by the choice of interest rate or interest rate methodology established by those Orders in Council.

[161] There is a dispute between the parties as to whether the Governor in Council, in exercising its

ne révèle aucune erreur quant à la façon dont il a évalué la preuve sur ce point. En conséquence, nous n'avons aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle la Couronne n'a pas bénéficié d'un enrichissement en utilisant l'argent du compte en capital de Samson et d'Ermineskin pendant que celui-ci était détenu au Trésor. Étant donné que ce volet du critère de l'enrichissement sans cause n'a pas été établi, il n'y a pas eu d'enrichissement sans cause.

[159] Samson et Ermineskin critiquent l'analyse que le juge de première instance a faite de l'enrichissement sans cause, parce qu'elle semble sous-entendre que la Couronne peut toujours éviter une allégation d'enrichissement sans cause en veillant à ce que le taux d'intérêt sur l'argent des Indiens soit fixé par décret, établissant ainsi dans chaque cas un motif juridique au soutien d'un taux d'intérêt donné applicable à l'utilisation de cet argent. À notre avis, cette critique n'est pas justifiée, comme nous l'expliquons dans l'exemple absurde suivant. Supposons que, pendant une certaine période, tous les instruments d'emprunt du marché portent intérêt à un taux annuel d'au moins 12 p. 100 et que, pendant la même période, le taux d'intérêt sur l'argent des Indiens est fixé par décret à 1 p. 100 l'an. Dans cette situation, il est évident que la Couronne serait enrichie et que les bandes seraient appauvries en conséquence. Nous doutons que, dans ces circonstances, l'existence d'un décret fixant le taux d'intérêt à 1 p. 100 serait acceptée comme motif juridique appuyant l'enrichissement.

g) Taux de rendement

[160] Même si la Couronne n'était pas tenue d'investir l'argent des Indiens ou de présenter un plan d'investissement, elle avait l'obligation de payer un taux de rendement sur l'argent des Indiens détenu au Trésor conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*. Il est évident qu'à tout moment pertinent, un décret prescrivant le taux d'intérêt à payer était en vigueur et que cet intérêt a effectivement été payé. La seule question qui se pose est de savoir si le choix du taux d'intérêt ou la méthode de calcul du taux d'intérêt prescrit par ces décrets a donné lieu à une atteinte aux droits de Samson et d'Ermineskin.

[161] Les parties ne s'entendent pas sur la question de savoir si le gouverneur en conseil est lié par les

authority under subsection 61(2) of the *Indian Act* to set the rate of interest to be paid on Indian moneys, is bound by the fiduciary obligations that the Crown owes to all bands and all Indians. In our view, the answer to that question must be yes.

[162] The statutory scheme for the administration of Indian moneys requires the moneys to be held in trust in the Consolidated Revenue Fund. For that reason, Indian moneys are used by the Crown. However, the statutory scheme also requires the payment of interest, fixed unilaterally by the Crown, as compensation for the use of those moneys. This places the Crown inevitably in a position where it has conflicting duties. Its duty to the Indian people is to pay interest on their moneys at a rate that it must fix, but its duty to all Canadians is not to expend excessive amounts on financing government operations. The existence of that conflict is acknowledged by the Crown when it says that, in addressing the Governor in Council in relation to the interest payable on Indian moneys, the Minister of Indian Affairs and Northern Development must advocate for higher interest for Indian people, while the Minister of Finance must advocate against excessive financing costs. However, despite that internal government conflict, Samson and Ermineskin are entitled to expect the Crown, as an indivisible whole, to fulfil its fiduciary obligations.

[163] In our view, when the Governor in Council passes an Order in Council to fix the rate of interest on Indian moneys and the interest rate methodology pursuant to subsection 61(2) of the *Indian Act*, it is functioning as the Crown with respect to the bands who are beneficially entitled to those moneys. The choices made by the Governor in Council in that regard must fulfil the Crown's fiduciary obligations to those bands.

[164] Samson and Ermineskin argue that, because the Indian moneys are held in trust, the rate of interest should be at least the equivalent of what would have

obligations fiduciaires de la Couronne à l'endroit de toutes les bandes et de tous les Indiens, lorsqu'il fixe le taux d'intérêt à verser sur l'argent des Indiens dans l'exercice de son pouvoir en vertu du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*. À notre avis, il faut répondre par l'affirmative à cette question.

[162] Selon le régime législatif applicable à l'administration de l'argent des Indiens, l'argent doit être détenu au Trésor en fiducie. C'est pourquoi la Couronne utilise l'argent des Indiens. Cependant, le régime législatif exige également le paiement d'intérêts, dont la Couronne fixe le taux unilatéralement, à titre d'indemnité pour l'utilisation de cet argent. La Couronne se trouve donc inévitablement dans une position où elle doit se conformer à des obligations conflictuelles. D'une part, elle est tenue envers les Indiens de verser des intérêts sur l'argent de ceux-ci au taux qu'elle-même doit fixer; d'autre part, elle est tenue envers tous les Canadiens de ne pas dépenser de montants excessifs pour le financement des opérations gouvernementales. La Couronne reconnaît l'existence de ce conflit lorsqu'elle dit qu'au moment de s'adresser au gouverneur en conseil au sujet des intérêts à payer sur l'argent des Indiens, le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien doit chercher à obtenir le taux d'intérêt le plus élevé qui soit pour les Indiens, tandis que le ministre des Finances doit préconiser un taux d'intérêt qui permet d'éviter les coûts de financement excessifs. Toutefois, malgré ce conflit gouvernemental interne, Samson et Ermineskin ont le droit de s'attendre à ce que la Couronne remplisse ses obligations fiduciaires comme le ferait une entité indivisible.

[163] À notre avis, lorsque le gouverneur en conseil adopte un décret afin de fixer le taux d'intérêt à verser sur l'argent des Indiens ainsi que la méthode de calcul du taux d'intérêt conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, il agit pour le compte de la Couronne relativement aux bandes qui ont droit à cet argent à titre bénéficiaire. Les choix qu'il fait à cet égard doivent être conformes aux obligations fiduciaires de la Couronne à l'endroit de ces bandes.

[164] Samson et Ermineskin font valoir que, étant donné que l'argent des Indiens est détenu en fiducie, le taux d'intérêt devrait équivaloir, à tout le moins, à celui

been achieved if the Crown had been required and permitted to invest the Indian moneys as a trustee would have done. They presented considerable evidence in an attempt to establish that the rates of interest set out in the Orders in Council do not meet that standard. Based on that evidence, a trier of fact could reasonably find that, until 2002, the Orders in Council yielded a return on the Indian moneys that was less than might have been achieved if that money had been invested on the basis of an investment strategy of the kind that might have been followed by a trustee governed by the common law of trusts.

[165] The Crown submits that the obligation of the Governor in Council, in setting the rate of interest payable on Indian moneys, is to ensure that the rate of return on Indian moneys is reasonable in all the circumstances, and that the Governor in Council has met that obligation. That argument rests principally on three points:

1. It is not rational to require the Crown to pay interest at a rate that might have been achieved with the most advantageous possible investment strategy, because the money was not and could not have been invested in that manner without the consent of the band councils, and the band councils did not consent.

2. If any comparison is to be made with investment returns that might have been achieved with an actual investment, the comparison must take into account that there is no risk of capital loss in relation to money held in the Consolidated Revenue Fund, and that there was complete liquidity in the sense that the money was always available on short notice if expenditures were required. None of the comparisons proposed by Samson or Ermineskin involved the management of large funds in similar circumstances.

3. There is evidence that over the relevant period, the Orders in Council resulted in a positive real rate of return on Indian moneys (that is, after accounting for inflation) that was in excess of 4% (as much as 5.7% according to one expert), and there is also evidence that a real rate of return in excess of 4% falls within the range of even current expectations for large private

qui aurait été obtenu si la Couronne avait été tenue d'investir l'argent des Indiens comme un fiduciaire l'aurait fait. Elles ont présenté une preuve abondante afin d'établir que les taux d'intérêt fixés dans les décrets ne respectent pas cette norme. À la lumière de cette preuve, un juge des faits pourrait raisonnablement conclure que, jusqu'en 2002, les décrets ont donné lieu à un rendement sur l'argent des Indiens qui était inférieur à celui qu'il aurait été possible d'obtenir à l'aide d'une stratégie d'investissement de la nature de celle qu'aurait pu suivre un fiduciaire régi par la common law applicable aux fiducies.

[165] Pour sa part, la Couronne fait valoir que l'obligation qui incombe au gouverneur en conseil lorsqu'il prescrit le taux d'intérêt à verser sur l'argent des Indiens consiste à veiller à ce que le taux de rendement de cet argent soit raisonnable dans toutes les circonstances; de l'avis de la Couronne, le gouverneur en conseil a rempli cette obligation. Cet argument repose principalement sur trois points :

1. Il n'est pas logique d'exiger que la Couronne verse des intérêts à un taux qui aurait pu être obtenu à l'aide de la stratégie d'investissement la plus avantageuse qui soit, parce que l'argent n'a pas été et ne pouvait être investi de cette façon sans le consentement des conseils de bande, lequel n'a pas été donné.

2. Si une comparaison doit être faite avec les rendements qu'un investissement réel aurait permis d'obtenir, la comparaison doit tenir compte du fait qu'il n'y a aucun risque de perte en capital en ce qui concerne l'argent détenu au Trésor et que l'argent était toujours disponible sur remise d'un bref avis lorsque des dépenses étaient nécessaires (liquidité totale). Aucune des comparaisons que Samson ou Ermineskin a proposées ne concernait la gestion de sommes d'argent élevées dans des circonstances similaires.

3. Il appert de certains éléments de preuve qu'au cours de la période pertinente, les décrets ont donné lieu à un taux de rendement réel positif sur l'argent des Indiens (compte tenu de l'inflation) qui dépassait 4 p. 100 (et qui a même atteint 5,7 p. 100 selon un expert); de plus, selon certaines données, un taux de rendement réel de plus de 4 p. 100 se situe à l'intérieur de la fourchette des

funds, and significantly above the 3% long-term real rate of return expectation which was typically set by private funds in the 1970s.

[166] Samson and Ermineskin adduced a large body of evidence that was aimed at establishing that the rate of interest was not reasonable, because it did not result in a rate of return that was commensurate with one of a number of investment strategies that would have been appropriate for a trustee making investments of a large fund. Samson and Ermineskin also point to evidence from the Crown's own witnesses that the Crown did not consider itself obliged to match an investment rate of return, and its senior officials did not even put their minds to that question.

[167] We agree with the Crown that the decision of the Governor in Council as to the choice of the rate of interest and the interest rate methodology should be assessed against a standard of reasonableness. Those choices fundamentally are an exercise of discretion, albeit a discretion that is exercised in circumstances in which the Crown has a fiduciary obligation, and in which the honour of the Crown is engaged. Generally, a discretionary decision must be permitted to stand if it is based on rational factors and not on irrelevant considerations, and is within the margin of manoeuvre contemplated by the legislation that grants the discretionary authority.

[168] The Judge concluded that the rates of interest chosen by the Governor in Council for the relevant period were reasonable. Samson and Ermineskin criticize that conclusion because the Judge did not set out an analysis of the massive body of evidence that was relevant to that issue. It is true that the Judge's reasons on this point are short. However, we have reviewed carefully the portions of the record to which we were referred in argument. That review included evidence in support of the Crown's arguments as summarized above, and the conflicting evidence of Samson and Ermineskin explaining why a higher rate of interest is justified by comparisons to any number of investment strategies. We find that there is a sufficient evidentiary foundation to

taux prévus même à l'heure actuelle relativement aux grands fonds privés et dépasse nettement le taux de rendement réel à long terme de 3 p. 100 que les fonds privés prévoyaient habituellement au cours des années 1970.

[166] Samson et Ermineskin ont présenté une preuve abondante visant à établir que le taux d'intérêt n'était pas raisonnable, parce qu'il n'a pas permis d'obtenir un rendement comparable à celui qu'aurait donné l'utilisation de certaines stratégies d'investissement convenant aux fonds de grande taille. Samson et Ermineskin soulignent également que certains témoins de la Couronne ont déclaré que celle-ci ne s'estimait pas obligée d'assurer un taux d'investissement équivalent et que ses hauts fonctionnaires ne se sont même pas penchés sur cette question.

[167] Nous convenons avec la Couronne que la décision du gouverneur en conseil quant au choix du taux d'intérêt et de la méthode de calcul connexe devrait être évaluée au regard de la norme de la décision raisonnable. Ces choix découlent fondamentalement de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire, bien que ce pouvoir soit exercé dans des circonstances où la Couronne a une obligation fiduciaire et où son honneur est engagé. Généralement, une décision discrétionnaire doit être confirmée lorsqu'elle est fondée sur des facteurs rationnels et non sur des éléments qui ne sont pas pertinents et qu'elle a été prise à l'intérieur de la marge de manoeuvre prévue par le texte législatif qui accorde le pouvoir discrétionnaire.

[168] Le juge de première instance a conclu que les taux d'intérêt que le gouverneur en conseil avait choisis pour la période pertinente étaient raisonnables. Samson et Ermineskin reprochent au juge de première instance de ne pas avoir analysé la preuve abondante qui était pertinente quant à cette question. Il est vrai que les motifs du jugement de première instance à ce sujet sont brefs. Cependant, nous avons examiné attentivement les parties du dossier auxquelles nous avons été renvoyés au cours des plaidoiries. Cet examen couvrait les éléments de preuve à l'appui des arguments de la Couronne qui ont été résumés plus haut ainsi que la preuve contradictoire de Samson et d'Ermineskin visant à expliquer les raisons pour lesquelles un taux d'intérêt

support the Judge's conclusion that the rates of interest paid were reasonable. We are unable to find any basis for intervening in the conclusion of the Judge that the rate of return generated by the Orders in Council was a reasonable one.

[169] We are also satisfied that the Crown properly managed the rate of return pursuant to subsection 61(2), which provides for a rate to be fixed from "time to time", and that the Crown consulted with the bands appropriately in that regard whenever the bands requested such consultations. The Governor in Council changed the rate and the methodology in 1969 on the initiative of the Minister and did so again in 1981 after representations by the bands. The issue did not require more frequent attention because, from 1969 forward, the rate of interest was linked to the market yield on long-term Canada bonds, with the result that the rate adjusted automatically to reflect current market rates.

[170] Samson and Ermineskin also criticize the Crown for treating all Indian band accounts in the same manner in that they were all subject to the same interest rate methodology, regardless of their balances. However, the real issue in this case is whether Samson and Ermineskin received a reasonable rate of return. Having found that they did, Samson and Ermineskin cannot complain that the benefit they received was also given to other bands. They have no right to receive a rate of interest that was necessarily higher than that received by other bands.

#### (h) Summary

[171] The Crown's obligations as trustee of the royalties received for the benefit of Samson and Ermineskin are substantially different from the obligations of a common-law trustee, because of the combined operation of the *Financial Administration Act* and the *Indian Act*. Those obligations fall on the Minister in relation to the management of Indian

supérieur est justifié à l'aide de comparaisons avec différentes stratégies d'investissement. À notre avis, il existe suffisamment d'éléments de preuve étayant la conclusion du juge de première instance selon laquelle les taux d'intérêt étaient raisonnables. Nous ne pouvons trouver aucune raison de modifier la conclusion du juge de première instance selon laquelle le taux de rendement prescrit par les décrets était raisonnable.

[169] Nous sommes également d'avis que la Couronne a bien géré le taux de rendement conformément au paragraphe 61(2), qui prévoit que les intérêts sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil, et que la Couronne a consulté les bandes de façon satisfaisante à cet égard chaque fois que celles-ci ont demandé cette consultation. Le gouverneur en conseil a modifié le taux et la méthode de calcul en 1969 sur les instances du ministre et l'a fait à nouveau en 1981, après avoir été saisi d'observations des bandes à ce sujet. La question n'a pas nécessité un examen plus fréquent car, dès 1969, le taux d'intérêt a été fixé en fonction du rendement sur le marché des obligations à long terme du Canada, de sorte que le taux était rajusté automatiquement pour correspondre aux taux courants du marché.

[170] Samson et Ermineskin reprochent également à la Couronne d'avoir traité tous les comptes des bandes indiennes de la même manière, c'est-à-dire d'avoir appliqué à tous ceux-ci la même méthode de calcul des intérêts, indépendamment du solde de ces comptes. Cependant, la véritable question qui se pose en l'espèce est de savoir si Samson et Ermineskin ont reçu un taux de rendement raisonnable. Étant donné que la réponse à cette question est affirmative, Samson et Ermineskin ne peuvent se plaindre du fait que l'avantage qu'elles ont reçu a également été accordé à d'autres bandes. Elles n'ont pas le droit de recevoir un taux d'intérêt qui aurait nécessairement été supérieur à celui qu'ont touché d'autres bandes.

#### h) Résumé

[171] Les obligations qui incombent à la Couronne en qualité de fiduciaire des redevances reçues au profit de Samson et d'Ermineskin sont fondamentalement différentes des obligations du fiduciaire visé par les règles de common law, en raison de l'effet combiné de la *Loi sur la gestion des finances publiques* et de la *Loi sur les Indiens*. Ces obligations incombent au ministre

moneys, and on the Governor in Council in establishing how much interest is to be paid on Indian moneys.

[172] The Minister's obligations are to deposit the royalties into the appropriate reserve or band capital account in the Consolidated Revenue Fund, to pay interest at the rate stipulated by the applicable Order in Council, to maintain accurate accounts, to provide periodic reports to Samson and Ermineskin, and to consider any requests by Samson or Ermineskin to authorize and direct expenditure of the capital moneys as proposed by a band council resolution. The Governor in Council, for its part, must establish a rate of interest that is reasonable in the circumstances.

[173] We agree with the Judge that the Crown has met all of its obligations as trustee of the royalties of Samson and Ermineskin. We conclude that the Judge was correct to dismiss the claims of Samson and Ermineskin in the money management phase.

## VII. Conclusion

[174] For the reasons stated above, we would dismiss this appeal with costs, but without prejudice to the right of the parties to seek directions on costs pursuant to rule 403 of the *Federal Courts Rules* [SOR/98-106, r. 1 (as am. by SOR/2004-283, s. 2)].

\* \* \*

*The following are the reasons for judgment rendered in English by*

SEXTON J.A. (dissenting):

### INTRODUCTION

[175] Oil is an essential resource in our society. Consequently, those who have oil resources have earned

\* Editor's Note: The Table of Contents has been omitted for reasons of brevity.

en ce qui concerne la gestion de l'argent des Indiens et au gouverneur en conseil en ce qui a trait à l'établissement du montant d'intérêt à verser sur l'argent des Indiens.

[172] Les obligations du ministre consistent à déposer les redevances au Trésor, au crédit du compte en capital de la réserve ou de la bande concernée, à payer des intérêts au taux prescrit par le décret applicable, à tenir des comptes exacts, à remettre des rapports périodiques à Samson et à Ermineskin et à examiner toute demande de Samson ou d'Ermineskin en vue d'autoriser et de prescrire une dépense des sommes d'argent du compte en capital de la façon proposée dans une résolution du conseil de bande. Pour sa part, le gouverneur en conseil doit fixer un taux d'intérêt qui est raisonnable dans les circonstances.

[173] Nous convenons avec le juge de première instance que la Couronne s'est acquittée de l'ensemble des obligations qui lui incombaient en qualité de fiduciaire des redevances de Samson et d'Ermineskin. Nous concluons que le juge de première instance a eu raison de rejeter les réclamations formulées par Samson et Ermineskin relativement à la phase de l'administration de l'argent.

## VI. Conclusion

[174] Pour les motifs exposés ci-dessus, nous rejettons l'appel avec dépens, sous réserve toutefois du droit des parties de demander des directives sur les dépens conformément à la règle 403 des *Règles des Cours fédérales* [DORS/98-106, règle 1 (mod. par DORS/2004-283, art. 2)].

\* \* \*

*Ce qui suit est la version française des motifs du jugement rendus par*

LE JUGE SEXTON, J.C.A. (dissident) :

### INTRODUCTION

[175] Le pétrole est une ressource essentielle dans notre société. Par conséquent, ceux qui possèdent des

\* Note de l'arétiste : La table des matières a été omise pour des raison de concision.



large sums of money when they permit others to exploit those resources. Such large sums of money may be placed with trustees who have expertise in investing and those trustees are expected to manage the moneys by prudently investing them. The main issue in this case is whether the appellant Aboriginal Bands who were entitled to the benefits from oil resources beneath their reserves, and obliged by law to surrender their oil resources to the Crown as trustee, can be deprived of the same right to have their moneys invested by the Crown when it is acting as their trustee. In the present case the Crown has taken the position that legislation which it has passed has precluded its officials from investing the oil moneys of Samson and Ermineskin (collectively referred to in these reasons as “the Bands”) and instead has deposited those moneys into its own account, used the moneys itself, and paid interest to the Bands. The Bands say they could have earned many millions of dollars more if the moneys had been prudently invested.

ressources pétrolières ont gagné beaucoup d'argent en permettant à des tiers d'exploiter ces ressources. Ces montants peuvent être placés auprès de fiduciaires qui possèdent de l'expertise en matière d'investissement et ces fiduciaires doivent administrer les sommes d'argent en question en les investissant de façon prudente. La principale question à trancher en l'espèce est de savoir si les bandes autochtones appelantes, qui avaient droit aux profits découlant des ressources pétrolières situées sous leurs réserves et qui étaient tenues par la loi de céder leurs ressources pétrolières à la Couronne à titre de fiduciaire, peuvent être privées du même droit d'exiger que la Couronne investisse les sommes d'argent leur appartenant lorsqu'elle agit en qualité de fiduciaire pour elles. Dans la présente affaire, la Couronne a soutenu que les dispositions législatives qu'elle avait édictées ont empêché ses fonctionnaires d'investir les sommes d'argent provenant des ressources pétrolières de Samson et d'Ermineskin (appelées collectivement les bandes dans les présents motifs) et qu'elle a plutôt déposé ces sommes d'argent dans son propre compte, utilisé elle-même l'argent et versé des intérêts aux bandes. Les bandes affirment qu'elles auraient pu toucher des millions de dollars de plus si l'argent avait été investi de manière prudente.

## FACTS

[176] I adopt the facts set forth in the reasons of Richard C.J. and Sharlow J.A., and their conclusions with respect to the general and historical phase, the issue of reasonable apprehension of bias, and the objections to the admissibility of evidence. The reasons which follow include additional facts from the record below, at points in the analysis where they are pertinent, in order to provide a complete factual understanding of the money management phase.

## WHAT ARE THE DUTIES OF THE CROWN AS A TRUSTEE?

### I. Introduction

[177] In the money management phase of these actions, the appellants claim damages, or alternatively, equitable disgorgement for the Crown's alleged mismanagement of hundreds of millions of dollars of

## LES FAITS

[176] J'adopte les faits exposés dans les motifs du juge en chef Richard et de la juge Sharlow ainsi que leurs conclusions au sujet de la phase des données générales et historiques, de la crainte raisonnable de partialité et des objections relatives à l'admissibilité de la preuve. Les motifs qui suivent comportent des faits supplémentaires tirés du dossier de première instance, aux endroits de l'analyse où ils sont pertinents, afin de permettre une connaissance complète des faits pertinents quant à la phase de l'administration de l'argent.

## QUELLES SONT LES OBLIGATIONS DE LA COURONNE À TITRE DE FIDUCIAIRE?

### I. Introduction

[177] Dans la phase de l'administration de l'argent des présentes actions, les appelants réclament des dommages-intérêts ou, subsidiairement, une restitution en equity au motif que la Couronne aurait mal

royalty moneys derived from the oil and gas deposits underlying the Pigeon Lake and Samson Reserves. These moneys, say the appellants, are held by the Crown in trust and the Crown is therefore subject to all of the duties imposed upon a common-law trustee in handling them. Most importantly, the appellants allege that, by failing to invest their funds as would a prudent private trustee, the Crown failed to ensure that Samson and Ermineskin received an adequate return on their moneys.

[178] To establish their claims, the appellants called twelve expert witnesses in the money management phase, at least eight of which gave evidence as to the investment practices that would be expected of managers of large sums of money. These experts testified that the Crown should have obtained expertise in the management of large sums of money, assessed the risk tolerance of the funds and the needs of the beneficiaries, set performance targets for the funds, invested the funds in a diversified portfolio and continually monitored the performance of the investments to ensure that the maximum return consistent with sound investment practices was being obtained. Upon reviewing the Crown's conduct, the experts concluded that the Crown's handling of the Bands' funds fell short of prevailing and acceptable industry practices expected of trustees.

[179] The appellants compare the Crown's conduct to other money managers to illustrate the drastic difference between the services the Bands received and the standards prevailing in the private sector. Crown witnesses admitted that the Crown does not actively manage the funds entrusted to it by First Nations and that no one with investment expertise was hired or consulted in relation to the Bands' moneys. In contrast, the appellants point, for example, to the Ontario Teachers' Pension Plan which they say has a staff of over 150 persons qualified as Chartered Financial Analysts continuously managing the pension moneys for

administré des centaines de millions de dollars de redevances découlant des réserves pétrolières et gazières situées sous la réserve du lac Pigeon et la réserve de Samson. Selon les appelants, la Couronne détient ces sommes d'argent en fiducie et est donc assujettie à toutes les obligations qui incombent au fiduciaire visé par les règles de common law en ce qui concerne le traitement de cet argent. Plus important encore, les appelants font valoir qu'en omettant d'investir leurs sommes d'argent comme l'aurait fait un fiduciaire privé prudent, la Couronne n'a pas veillé à ce que Samson et Ermineskin touchent un rendement adéquat de leurs deniers.

[178] Afin d'établir le bien-fondé de leurs réclamations, les appelants ont fait témoigner douze experts dans la phase de l'administration de l'argent et au moins huit de ces experts ont témoigné au sujet des pratiques d'investissement normalement attendues de gestionnaires de sommes d'argent élevées. Selon le témoignage de ces experts, la Couronne aurait dû obtenir de l'expertise en matière de gestion de sommes d'argent élevées, évaluer la tolérance au risque des fonds et les besoins des bénéficiaires, fixer les objectifs de rendement, investir les montants dans un portefeuille diversifié et surveiller continuellement le rendement des investissements afin d'assurer l'obtention d'un rendement maximal compatible avec de bonnes pratiques d'investissement. Après avoir examiné la conduite de la Couronne, les experts ont conclu que le traitement qu'elle avait fait des sommes d'argent des bandes était inférieur à la conduite attendue des fiduciaires selon les pratiques courantes et acceptables de l'industrie.

[179] Les appelants comparent la conduite de la Couronne à celle d'autres gestionnaires financiers afin d'illustrer la différence radicale entre les services que les bandes ont reçus et les normes en vigueur dans le secteur privé. Les témoins de la Couronne ont admis que celle-ci ne gère pas de façon active les sommes d'argent que lui confient les Premières nations et qu'aucune personne ayant des compétences spécialisées en matière d'investissement n'a été engagée ou consultée relativement à l'argent des bandes. Par contraste, les appelants donnent l'exemple du Régime de retraite des enseignants et des enseignantes de l'Ontario qui,

which it is responsible. Crown witness Robert Bertram, Executive Vice-President of the Ontario Teachers' Pension Plan, agreed in his testimony that the Crown's failure to actively manage the Indian moneys would be unheard of for someone in his position.

[180] As a result of these alleged failures, the appellants claim to have suffered significant damages over the period in which royalty moneys have been held by the Crown. In Samson's case, they claim damages of at least \$650 million for the Crown's mismanagement of their capital moneys. In Ermineskin's case, up to \$217 million in damages have been claimed. The appellants' claims are supported by voluminous expert evidence which was not taken into account by the trial Judge.

[181] The respondents admit the Crown holds the royalty moneys in trust for the appellants, but they claim the Crown's duties with respect to those funds are entirely defined by legislation. They assert the legislation gives the Crown no power or duty to invest the moneys but rather obliges it to hold the moneys in the Consolidated Revenue Fund (CRF) and pay the rate of interest set by Order in Council. Even if the legislation does authorize investment in private markets, the respondents submit the Crown's policy of not investing Indian moneys was a reasonable one in light of its overall policy of encouraging Aboriginal self-government. In any event, the respondents claim that they could not invest the Indian moneys because of the expenditure patterns of the Bands and the risk associated with the volatile nature of the revenue funds from the oil.

[182] As will be elaborated more fully below, I think the Crown was bound to invest the trust moneys, provided it first obtained the consent of the Bands. Because it failed to even attempt to obtain the Bands' consent to invest, it is liable for any damage this failure has caused. I am not persuaded that any of the defences

disent-ils, compte un personnel de plus de 150 analystes financiers agréés qui s'occupent de la gestion continue des pensions de retraite dont le Régime est responsable. Robert Bertram, témoin de la Couronne qui est vice-président exécutif du Régime de retraite, a convenu au cours de son témoignage que l'omission de la Couronne de gérer activement l'argent des Indiens serait une conduite inhabituelle chez une personne occupant un poste semblable au sien.

[180] En raison de ces manquements reprochés, les appelants soutiennent avoir subi des pertes majeures pendant la période au cours de laquelle la Couronne a détenu les redevances. Dans le cas de Samson, ils réclament des dommages-intérêts d'au moins 650 000 000 \$ en raison de la mauvaise gestion par la Couronne des sommes d'argent de leur compte en capital. Dans le cas d'Ermineskin, un montant allant jusqu'à 217 000 000 \$ est réclamé à titre de dommages-intérêts. Les réclamations des appelants sont appuyées par une preuve d'expert abondante dont le juge de première instance n'a pas tenu compte.

[181] Les intimés admettent que la Couronne détient les redevances en fiducie pour les appelants, mais font valoir que les obligations de la Couronne à l'égard de ces deniers sont définies exclusivement par la législation. Selon les intimés, la législation ne permet pas à la Couronne d'investir les sommes d'argent, mais l'oblige plutôt à les détenir au Trésor et à payer le taux d'intérêt prescrit par décret. Même si la législation autorise les investissements sur les marchés privés, les intimés soutiennent que l'omission de la Couronne d'investir l'argent des Indiens était raisonnable, eu égard à sa politique générale qui consistait à favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones. En tout état de cause, les intimés font valoir qu'ils ne pouvaient investir les sommes d'argent des Indiens en raison du mode de dépense des bandes et du risque associé à la nature volatile des recettes provenant du pétrole.

[182] Comme je l'explique de façon plus détaillée ci-dessous, j'estime que la Couronne était tenue d'investir les sommes d'argent détenues en fiducie, pourvu qu'elle ait d'abord obtenu le consentement des bandes. Étant donné qu'elle n'a même pas tenté d'obtenir ce consentement, elle est responsable des

proposed by the respondents exonerate the Crown.

## II. Standard of Review

[183] In *Housen v. Nikolaisen*, [2002] 2 S.C.R. 235 (*Housen*), the Supreme Court of Canada set out the standards of review to be used by appellate courts when reviewing trial judgments. In appellate review, the nature of the questions at issue determines the applicable standard. Questions of law are reviewable on a standard of correctness (*Housen*, at paragraph 8). The trial Judge's findings of fact will be set aside only if he has committed a palpable and overriding error (*Housen*, at paragraph 10). For questions of mixed fact and law, the standard of palpable and overriding error applies unless the trial Judge wrongly characterized the correct legal standard or failed to apply the correct standard, in which case a standard of correctness applies (*Housen*, at paragraph 37).

[184] Central to this appeal is the question of whether the Crown satisfied the duties expected of it as trustee of the appellants' royalty moneys. In order to answer this question, it is necessary to first identify what duties were applicable to the Crown and secondly, to assess whether the Crown's conduct was sufficient to comply with those duties. The former is purely a question of law. It involves interpreting the applicable legislation and canvassing the case law to identify the duties of a trustee at common law. Consequently, the trial Judge's assessment of these duties is reviewable on a standard of correctness. The latter question is one of mixed fact and law. It involves measuring the Crown's conduct against that expected of it at law to determine whether there was a breach of trust. Accordingly, unless there is an extricable error of law, this Court would normally only be permitted to interfere with the trial Judge's conclusions on this question if he made a palpable and overriding error.

préjudices causés par cette omission. Je ne suis pas convaincu que l'un ou l'autre des moyens de défense invoqués par les intimés exonère la Couronne de sa responsabilité.

## II. La norme de contrôle

[183] Dans *Housen c. Nikolaisen*, [2002] 2 R.C.S. 235 (*Housen*), la Cour suprême du Canada a énoncé les normes de contrôle que les cours d'appel doivent appliquer lorsqu'elles révisent les jugements de première instance. En appel, la norme de contrôle applicable est déterminée en fonction de la nature des questions en litige. La norme de contrôle applicable à une question de droit est celle de la décision correcte (*Housen*, au paragraphe 8). Les conclusions de fait du juge de première instance ne seront infirmées que si celui-ci a commis une erreur manifeste et dominante (*Housen*, au paragraphe 10). Dans le cas des questions mixtes de fait et de droit, la norme de l'erreur manifeste et dominante s'applique, à moins que le juge de première instance n'ait commis une erreur en déterminant la norme qui convient ou en appliquant cette norme, auquel cas la norme de la décision correcte s'applique (*Housen*, au paragraphe 37).

[184] La question de savoir si la Couronne a rempli les obligations attendues d'elle en qualité de fiduciaire des redevances des appelants est au cœur du présent appel. Pour répondre à cette question, il faut d'abord déterminer les obligations qui incombent à la Couronne et, en second lieu, examiner la conduite de celle-ci pour savoir si elle s'est conformée à ces obligations. La première question est purement une question de droit et nécessite l'interprétation du texte de loi applicable et l'examen de la jurisprudence afin de déterminer les obligations du fiduciaire visé par les règles de common law. Par conséquent, l'évaluation que le juge de première instance a faite de ces obligations est susceptible de révision selon la norme de la décision correcte. La dernière question est une question mixte de fait et de droit qui nécessite une évaluation de la conduite de la Couronne au regard de celle qui est attendue d'elle en droit pour savoir s'il y a eu abus de confiance. En conséquence, à moins qu'une erreur de droit isolable n'ait été décelée, la Cour d'appel fédérale ne serait normalement autorisée à modifier les conclusions du juge de première instance sur cette

[185] The following excerpt outlines the trial Judge's conclusions on the issue of breach of trust in *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2006] 1 C.N.L.R. 100 (F.C.) (*Samson*) (at paragraphs 691-694). Although there are some minor differences in the wording of the corresponding passages in the trial judgment in *Ermineskin Indian Band and Nations v. Canada* (2005), 269 F.T.R. 188 (F.C.) (*Ermineskin*), at paragraphs 280-283) the effect is the same:

I am satisfied that the legislation informs the Crown's duties as trustee for Indian moneys. There is no doubt that the royalty moneys are to be held in trust. That language appears in the 1946 Surrender and later in section 4 of the *Indian Oil and Gas Act*. Although that piece of legislation was enacted in 1974 and royalties had been collected by the Crown long before that date, the *Indian Oil and Gas Act* found its genesis in the world oil crisis of 1973. Section 4 and the words "in trust" merely confirm what was an already existing situation and in no way altered the manner in which the funds were to be held and administered.

While section 4 of the *Indian Oil and Gas Act* confirms the trust, the characterization of Indian moneys as public money within the meaning of section 2 of the *Financial Administration Act* means that they must be deposited into the CRF, pursuant to section 17. Section 61(2) of the *Indian Act* mandates that they be paid interest at a rate to be determined by the Governor in Council. There is no choice in whether or not to pay interest: the Crown must. However, the Crown also has discretion in fixing the rate.

I am also satisfied that no legal authority exists that would permit the Minister to purchase investments with Indian moneys, instead of paying a rate of interest. Recall that when the *Indian Act* was amended in 1951, the power to make investments, under section 92, was specifically removed.

In paying a rate of interest to the Indian moneys pursuant to section 61(2) of the *Indian Act*, I am satisfied that the Minister has discharged his duty as a trustee to invest the trust corpus. In fixing a rate of interest—or investing—the trustee's duty is not to maximize profits. If that was the case, then any trustee failing to earn the maximum possible on property entrusted to her, would be liable for breach of trust. Rather,

question que s'il a commis une erreur manifeste et dominante.

[185] Les conclusions que le juge de première instance a tirées au sujet de l'abus de confiance dans *Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 1622 (*Samson*) (aux paragraphes 691 à 694), sont reproduites dans l'extrait qui suit. Même s'il existe des différences mineures dans les passages correspondants du jugement de première instance rendu dans *Bande et nation indienne d'Ermineskin c. Canada*, 2005 CF 1623 (*Ermineskin*) (aux paragraphes 280 à 283), l'effet est le même :

Je suis d'avis que la législation confirme les obligations de la Couronne en tant que fiduciaire de l'argent des Indiens. Il ne fait aucun doute que les redevances doivent être détenues « en fiducie ». L'expression apparaît dans la Cession de 1946 et plus tard dans l'article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*. Cette dernière loi a été adoptée en 1974 et des redevances avaient été perçues par la Couronne bien avant cette date, mais la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* avait pour origine la crise pétrolière mondiale de 1973. L'article 4 et les mots « en fiducie » confirmaient simplement un état de fait et ne modifiaient nullement la manière dont les fonds devaient être détenus et gérés.

L'article 4 de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes* confirme la fiducie, mais le fait de qualifier l'argent des Indiens de fonds publics au sens de l'article 2 de la *Loi sur la gestion des finances publiques* signifie que l'argent des Indiens doit être déposé au Trésor conformément à l'article 17. Le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens* prévoit que des intérêts doivent être payés sur l'argent des Indiens selon un taux fixé par le gouverneur en conseil. Le paiement d'intérêts n'est pas facultatif : la Couronne doit payer des intérêts. Toutefois, la Couronne a aussi le pouvoir de fixer comme elle l'entend le taux d'intérêt.

Je suis également d'avis qu'il n'existe aucune disposition légale autorisant le ministre à acheter des investissements avec l'argent des Indiens au lieu de verser des intérêts sur cet argent. Il faut se rappeler que, lorsque la *Loi sur les Indiens* fut modifiée en 1951, le pouvoir d'investir, prévu par l'article 92, avait été expressément abrogé.

Je suis d'avis que, en payant des intérêts sur l'argent des Indiens conformément au paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, le ministre s'est acquitté de son obligation, en tant que fiduciaire, d'investir la masse fiduciaire. Lorsqu'il fixe un taux d'intérêt—ou lorsqu'il investit—le fiduciaire n'a pas pour obligation de maximiser les profits. Si tel était le cas, alors tout fiduciaire qui ne réussit pas à obtenir le rendement

the standard that applies to the duty to invest is that of reasonableness. The trustee must, of course, act prudently. In the case of the Indian moneys, the rate of interest is tied to long-term Government of Canada bonds. The money is not committed to remain in the CRF for any specified period of time and may be withdrawn, subject to the parameters established by section 64 of the *Indian Act*. I am satisfied that the rate of interest meets the reasonableness standard for assessing a trustee's conduct.

[186] As will be elaborated upon more fully in the subsequent sections, the trial Judge's conclusions in the money management phase are premised on at least two critical errors of law, both of which are reviewable by this Court on a standard of correctness. First, the trial Judge wrongly interpreted the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 as not authorizing the Crown to invest Indian moneys. In these reasons it will become clear that the Crown's principal failure was in neglecting to consider investment of the royalty moneys, to devise and present to the Bands investment plans on an ongoing basis and to seek their consent. Concluding at the outset that the Crown had no power to invest, therefore, significantly tainted the trial Judge's reasoning. Secondly, the trial Judge concluded incorrectly that the legislation "informs and defines the Crown's duty as trustee" (*Samson*, at paragraph 696; *Ermineskin*, at paragraph 285), apparently leading him to determine that the Crown is bound to hold the Indian moneys in the CRF and pay interest thereon (*Samson*, at paragraph 692; *Ermineskin*, at paragraph 281). A proper analysis of the authorities reveals that while the legislation in an important respect modifies the Crown's duties, the Crown is primarily bound to perform as would a trustee at common law. The legislation does not, therefore, define the Crown's duties in their entirety. This critical error in identifying the Crown's duties likewise taints the trial Judge's conclusions.

le plus élevé possible sur les biens qui lui sont confiés pourrait être accusé d'abus de confiance. La norme qui s'applique à l'obligation d'investir est plutôt celle de la diligence raisonnable. Le fiduciaire doit évidemment agir avec prudence. S'agissant de l'argent des Indiens, le taux d'intérêt est lié aux obligations à long terme du gouvernement du Canada. L'argent n'est pas destiné à demeurer dans le Trésor pour une période déterminée, il peut en être retiré, sous réserve des paramètres établis par l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*. Je suis d'avis que le taux d'intérêt répond à la norme de diligence raisonnable qui sert à juger la conduite d'un fiduciaire.

[186] Comme je l'explique de façon plus détaillée dans les sections suivantes, les conclusions auxquelles le juge de première instance en est arrivé relativement à la phase de l'administration de l'argent découlent d'au moins deux erreurs de droit importantes, qui sont toutes deux susceptibles de révision par la Cour d'appel fédérale selon la norme de la décision correcte. D'abord, le juge de première instance a interprété à tort la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, comme une loi qui n'autorisait pas la Couronne à investir l'argent des Indiens. Dans les présents motifs, il apparaît clairement que la principale omission de la Couronne a été de négliger de songer à investir les redevances, de concevoir et de présenter aux bandes des plans d'investissement de façon continue et d'obtenir leur consentement. Le juge de première instance a conclu au départ que la Couronne n'avait pas le pouvoir d'investir, ce qui a sérieusement entaché son raisonnement. En deuxième lieu, le juge de première instance a conclu à tort que la loi « précise et confirme les obligations de la Couronne en tant que fiduciaire » (*Samson*, au paragraphe 696; *Ermineskin*, au paragraphe 285), ce qui l'a apparemment amené à décider que la Couronne est tenue de détenir l'argent des Indiens au Trésor et de verser des intérêts sur ces sommes d'argent (*Samson*, au paragraphe 692; *Ermineskin*, au paragraphe 281). Une bonne analyse de la jurisprudence révèle que, même si la loi modifie sous un aspect important les obligations de la Couronne, celle-ci demeure avant tout tenue d'agir comme le ferait le fiduciaire visé par les règles de common law. En conséquence, la loi ne définit pas les obligations de la Couronne en entier. Cette erreur critique concernant la détermination des obligations de la Couronne a également pour effet d'entacher les conclusions du juge de première instance.

[187] The trial Judge's erroneous interpretation of the duties and powers of the Crown as trustee constitutes an error of law extricable from the question of whether he appropriately assessed the facts in light of those duties and powers. Because of the trial Judge's legal errors in identifying the Crown's duties, he could not have properly assessed whether the Crown met its duties as trustee, and this Court must, therefore, intervene. In any event, because of the inadequacy of the trial Judge's reasons on this question, intervention of this Court is warranted.

[188] The appellants led evidence from eight experts on the issue of investment, including Allen Lambert, the former president and CEO of the Toronto Dominion Bank; Stephen Jarislowsky, a noted investment expert; Donald McDougall, director of RBC Global Services' Benchmark Investment Analysis practice; Alan Hockin, a Department of Finance employee for over 20 years and a former vice-president of the Toronto Dominion Bank; and Alan Marchment, president and CEO of Guaranteed Trust and advisor to Canadian Deposit Insurance Corporation. The trial Judge, however, felt it was unnecessary for him to consider any of this evidence going to the question of whether the Crown had satisfied its duties as trustee (*Samson*, at paragraph 696; *Ermineskin*, at paragraph 285):

Since I have found that the Crown may—and indeed must—rely on the legislation, as it informs and defines the Crown's duty as trustee, I need not review or comment on the wealth of expert evidence presented to me on the industry standards, norms, and practices of commercial trustees.

Moreover, the trial judgment contains no analysis of voluminous non-expert evidence critical to establishing that the Crown breached its duties as trustee. The trial Judge consequently made no findings of fact going to the question of whether the Crown breached its duties, nor did he give any indication of his reasoning in coming to the conclusion that the Crown satisfied its

[187] L'interprétation erronée que le juge de première instance a faite des obligations et pouvoirs de la Couronne à titre de fiduciaire constitue une erreur de droit pouvant être isolée de la question de savoir s'il a bien évalué les faits à la lumière des pouvoirs et obligations en question. En raison des erreurs de droit qu'il a commises lors de la détermination des obligations de la Couronne, le juge de première instance n'a pu décider correctement si celle-ci avait respecté ses obligations à titre de fiduciaire et la Cour d'appel fédérale doit donc intervenir. En tout état de cause, étant donné que les motifs du jugement de première instance sur cette question sont inadéquats, l'intervention de la Cour d'appel fédérale est justifiée.

[188] Les appelants ont présenté le témoignage de huit experts au sujet de la question de l'investissement, dont Allen Lambert, ancien président et premier dirigeant de la Banque Toronto-Dominion; Stephen Jarislowsky, éminent spécialiste en investissement; Donald McDougall, directeur de l'analyse des investissements modèles des Services globaux de la RBC; Alan Hockin, qui a travaillé pendant plus de 20 ans au ministère des Finances et qui a déjà été vice-président de la Banque Toronto-Dominion; et Alan Marchment, président et chef de la direction de Guaranteed Trust et conseiller pour la Société d'assurance-dépôts du Canada. Cependant, le juge de première instance estimait qu'il n'était pas nécessaire d'examiner cette preuve relativement à la question de savoir si la Couronne s'était conformée à ses obligations à titre de fiduciaire (*Samson*, au paragraphe 696; *Ermineskin*, au paragraphe 285) :

Comme je suis arrivé à la conclusion que la Couronne peut—et même doit—s'en rapporter à la loi, qui précise et confirme les obligations de la Couronne en tant que fiduciaire, il ne m'est pas nécessaire d'examiner ou de commenter les nombreux témoignages d'expert qui m'ont été présentés concernant les normes et pratiques des fiduciaires professionnels.

De plus, le jugement de première instance ne comporte aucune analyse de l'abondante preuve présentée par des témoins non experts, qui a une importance vitale pour établir que la Couronne a manqué à ses obligations à titre de fiduciaire. Le juge de première instance n'a donc tiré aucune conclusion de fait au sujet de la question de savoir si la Couronne avait manqué à ses obligations et

duties because it acted reasonably.

[189] In the face of a failure by the trial Judge to identify the applicable legal test and the complete absence of any factual findings in the application of the test to the facts, this Court must conduct its own review of the evidence before the trial Court and assess it in light of the correct characterization of the Crown's duties. The words of Rothstein J.A. (as he then was) in *Baker Petrolite v. Canwell Enviro-Industries*, [2003] 1 F.C. 49 (C.A.), at paragraph 72 are apposite:

I readily recognize that there was much evidence in this case and many issues, and that this placed a heavy burden on the Trial Judge. Nonetheless, the summary way in which the Trial Judge reached his conclusion respecting anticipation precludes this Court from understanding his reasoning process. The Trial Judge made no findings of fact with respect to the expert evidence. He simply quoted two opposing expert opinions without commenting on them. While he concluded that the expert evidence was "ambivalent and, in totality . . . quite unsatisfactory", he provided no explanation for this conclusion. Nor does his final conclusion, at paragraph 93, provide any factual underpinning to give content to his reasoning.

[190] An appellate court must, of course, exercise caution in embarking on an assessment of the evidence, having not had the benefit of seeing the witnesses and conducting its own assessment of their credibility (*Housen*, at paragraphs 11-14). However, in the present case, a great deal of evidence is documentary. In addition, the parties have already invested considerable time in this matter. Samson filed its statement of claim in 1989; Ermineskin in 1992. The trial lasted nearly four years. The oral hearings in this appeal spanned four weeks. Critically, the parties are only in the middle of a very long proceeding, having argued only with respect to two of the phases of the action. The appropriateness of the appellate court intervening in such circumstances was approved by the Supreme Court of Canada in *Hollis v. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 S.C.R. 634, at paragraph 33.

il n'a donné aucune indication du raisonnement qu'il a suivi pour conclure que celle-ci s'était conformée à ses obligations parce qu'elle avait agi de façon raisonnable.

[189] Étant donné que le juge de première instance n'a pas établi le critère juridique applicable et n'a formulé aucune conclusion factuelle relativement à l'application du critère aux faits, la Cour d'appel fédérale doit procéder à son propre examen de la preuve présentée en première instance et l'évaluer à la lumière de la bonne caractérisation des obligations de la Couronne. Il convient de citer les remarques que le juge Rothstein (maintenant juge à la Cour suprême du Canada) a formulées dans *Baker Petrolite c. Canwell Enviro-Industries*, [2003] 1 C.F. 49 (C.A.), au paragraphe 72 :

Je reconnais aisément que le juge de première instance avait une lourde tâche en l'espèce, compte tenu de l'ampleur de la preuve présentée et des nombreuses questions à trancher. Néanmoins, en raison de la façon sommaire dont il a tiré sa conclusion au sujet de l'antériorité, la Cour ne peut comprendre le raisonnement qu'il a suivi. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de fait au sujet des témoignages d'expert. Il a simplement cité deux opinions d'expert opposées sans les commenter. Tout en concluant que les témoignages d'expert étaient « ambivalents et tous très insatisfaisants », il n'a donné aucune explication au sujet de cette conclusion. Il en va de même pour la conclusion finale qu'il a tirée au paragraphe 93, qui ne comporte aucun fondement factuel permettant de comprendre le raisonnement qu'il a suivi.

[190] Une cour d'appel doit, bien sûr, faire preuve de prudence au moment d'évaluer la preuve, parce qu'elle n'a pas eu l'avantage d'observer les témoins et d'apprécier elle-même leur crédibilité (*Housen*, aux paragraphes 11 à 14). Cependant, dans la présente affaire, une bonne partie de la preuve est documentaire. De plus, les parties ont déjà consacré beaucoup de temps au présent litige. Samson a produit sa déclaration en 1989 et Ermineskin, en 1992. L'instruction s'est échelonnée sur près de quatre ans. Les audiences de vive voix dans le présent appel se sont étalées sur quatre semaines. Surtout, les parties n'en sont qu'à mi-chemin d'une très longue instance, n'ayant plaidé que deux des phases de l'action. Dans *Hollis c. Dow Corning Corp.*, [1995] 4 R.C.S. 634, au paragraphe 33, la Cour suprême du Canada a jugé bien fondée l'intervention de la cour d'appel dans des circonstances semblables.



[191] Perhaps more importantly, in this case, many of the factual issues on the breach of trust issue are not in dispute; the only dispute relates to the legal consequences flowing from these facts.

### III. Duties of the Crown in the Present Case

#### a. The Crown is a Trustee

[192] It is uncontested in the present case that the Crown holds the royalty moneys in trust for the Bands. There was a dispute, however, as to whether the source of the trust is Treaty No. 6 or the surrender in 1946. I am in agreement with the reasons of the trial Judge that the source of the trust is the 1946 surrender (*Samson*, at paragraphs 663, 664, 666):

In the case at bar, the Crown holds the Indian moneys, pursuant to section 61(1) of the *Indian Act*, for the “use and benefit” of Indians or bands; the funds may only be expended for their “benefit.” At the very least, this gives rise to a fiduciary obligation. However, in my opinion, insofar as Indian moneys are concerned, a trust *corpus*, or *res*, exists. The Indian moneys, derive from the disposition of an interest in land, in the case at bar, through the 1946 Surrender. In *Guerin*, upon the surrender of the land, the band’s right in the land disappeared; nothing more remained that could constitute the trust *corpus*. In the instant case, however, the disposition of the plaintiffs’ interest in the land leads to the royalty moneys, which form the trust corpus.

As for the source of this trust, I do not agree with the plaintiffs’ assertion that the trust arises from either the historical relationship between the Crown and aboriginal people, or Treaty No. 6. In my opinion, the treaty is of no assistance in this matter. It does not speak to the issue of how Indian moneys are to be held and administered. The only part of the treaty that may possibly pertain to this issue—and it is a most tenuous connection at best—is the clause dealing with reserve creation. That part of Treaty No. 6 reads as follows:

And Her Majesty the Queen hereby agrees and undertakes to lay aside reserves for farming lands, due respect being had to lands at present cultivated by the said Indians, and other reserves for the benefit of the said Indians, to be administered. . . .

...

In my opinion, both the reserve clause in Treaty No. 6 and Morris’s remarks cannot be relied on as the source of the trust.

[191] Qui plus est, ce qui est peut-être encore plus important, bon nombre des questions de fait formulées en l’espèce au sujet de l’abus de confiance ne sont pas contestées; le seul différend porte sur les conséquences juridiques découlant de ces faits.

### III. Les obligations de la Couronne dans la présente affaire

#### a. La Couronne est un fiduciaire

[192] Il n’est pas contesté dans la présente affaire que la Couronne détient les redevances en fiducie pour les bandes. La question de savoir si la source de la fiducie est le Traité n° 6 ou la cession de 1946 a cependant été débattue. À l’instar du juge de première instance, je conviens que la source de la fiducie est la cession de 1946 (*Samson*, aux paragraphes 663, 664, 666) :

En l’espèce, la Couronne détient l’argent des Indiens, conformément au paragraphe 61(1) de la *Loi sur les Indiens*, à l’usage et au profit des Indiens ou des bandes; les fonds ne peuvent être dépensés qu’à leur « profit ». À tout le moins, cela donne lieu à une obligation fiduciaire. Toutefois, à mon avis, en ce qui concerne l’argent des Indiens, il existe une masse fiduciaire, ou un objet fiduciaire. L’argent des Indiens vient de la cession d’un intérêt foncier, en l’occurrence par l’effet de la Cession de 1946. Dans l’arrêt *Guerin*, dès la cession du territoire, le droit de la bande sur le territoire avait disparu; il ne restait plus rien qui pût constituer la masse fiduciaire. Ici au contraire, la cession de l’intérêt foncier des demandeurs débouche sur les redevances, lesquelles forment la masse fiduciaire.

Quant à la source de cette fiducie, je ne partage pas l’avis des demandeurs pour qui la fiducie découle soit de la relation historique entre la Couronne et le peuple autochtone, soit du Traité n° 6. À mon avis, le traité n’est d’aucune aide en la matière. Il ne concerne pas la manière dont l’argent des Indiens sera détenu et géré. L’unique portion du traité qui pourrait peut-être intéresser cet aspect—et au mieux il s’agit d’un lien très ténu—est la clause qui concerne la création de la réserve. Cette portion du Traité n° 6 est ainsi formulée :

Et Sa Majesté la Reine par le présent convient et s’oblige de mettre à part des réserves propres à la culture de la terre, tout en ayant égard aux terres présentement cultivées par lesdits Sauvages, et d’autres réserves pour l’avantage desdits Sauvages, lesquelles seront administrées [ . . . ]

[ . . . ]

À mon avis, il est impossible de s’en remettre à la clause des réserves du Traité n° 6 et aux observations de Morris

At that time, the Indian moneys that are the subject matter of this action did not exist. They came into being subsequent to the execution of the 1946 Surrender of Minerals document. The words contained in that document are sufficient to create a trust: there are certainties of intent, subject-matter, and object. The agreement explicitly contemplates a trust; the subject-matter is the royalty moneys; and the object, or beneficiary, is clearly the plaintiffs.

[193] In any event, whatever the source, it cannot be disputed that a trust exists in this case. The 1946 surrender provides for the holding of the surrendered mineral rights in trust for the appellants and the *Indian Oil and Gas Act*, R.S.C., 1985, c. I-7, which was enacted in 1974 [S.C. 1974-75-76, c. 15], confirms in subsection 4(1) the royalty moneys derived from these minerals are to be held in trust. In addition, the Crown has referred to itself as trustee on numerous occasions.

#### b. Duties of a Common-Law Trustee

[194] A number of duties applicable to a trustee at common law have been identified by the courts. Although the main issue in the present case is whether the Crown had the power and the duty to invest, the appellants also allege that the Crown breached additional duties owed by trustees at common law, particularly the duty to account and the duty of loyalty, which encompasses the duty to avoid conflicts of interest and the duty of the trustee not to profit from her office. I do not feel that these latter issues are critical to this case for reasons which will be explained below.

[195] In *Fales et al. v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at page 315 (*Fales*), Dickson J. identified that “the standard of care and diligence required of a trustee in administering a trust is that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs.” A primary responsibility of the prudent trustee is the duty to invest. As the trial Judge recognized [*Samson*, at paragraph 668; *Ermineskin*, at paragraph 276], “a trustee owes a positive duty to invest the *corpus*—or, put another way, to make it productive—when the *corpus* is a wasting asset, such as money. The trust *corpus* may

comme source de la fiducie. À l’époque, l’argent des Indiens qui est l’objet de la présente action n’existait pas. L’argent des Indiens a pris naissance après la signature du document de 1946 attestant la cession des minéraux. Les mots figurant dans ce document suffisent à établir une fiducie; il y a certitude d’intention, certitude de matière et certitude d’objet. L’accord envisage expressément une fiducie; la matière, ce sont les redevances, et l’objet, ou le bénéficiaire, ce sont manifestement les demandeurs.

[193] En tout état de cause, l’existence d’une fiducie, quelle qu’en soit la source, ne peut être contestée en l’espèce. La cession de 1946 prévoit la détention des droits miniers cédés en fiducie pour les appelants et le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*, L.R.C. (1985), ch. I-7, qui a été édictée en 1974 [S.C. 1974-75-76, ch. 15], confirme que les redevances découlant de ces minéraux doivent être détenues en fiducie. De plus, la Couronne s’est désignée elle-même à titre de fiduciaire à plusieurs occasions.

#### b. Les obligations du fiduciaire visé par les règles de common law

[194] Les tribunaux ont énuméré un certain nombre d’obligations qui incombent au fiduciaire visé par les règles de common law. Même si la principale question à trancher en l’espèce est de savoir si la Couronne avait le pouvoir et l’obligation d’investir, les appelants soutiennent également que la Couronne a manqué à d’autres obligations qui incombent aux fiduciaires régis par les règles de common law, notamment l’obligation de rendre compte et l’obligation de loyauté, qui englobe celle d’éviter les conflits d’intérêts et ne pas recueillir de bénéfice de l’exercice de ses fonctions. Pour les raisons expliquées ci-dessous, je n’estime pas que ces derniers aspects aient une importance majeure en l’espèce.

[195] Dans l’arrêt *Fales et autres c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, à la page 315 (*Fales*), le juge Dickson a souligné que « le soin et la diligence que l’on exige d’un fiduciaire dans l’administration d’une fiducie sont ceux qu’un bon père de famille apporte à l’administration de ses propres affaires ». Une des grandes responsabilités du fiduciaire prudent réside dans l’obligation d’investir. Comme l’a reconnu le juge de première instance, [*Samson*, au paragraphe 668; *Ermineskin*, au paragraphe 276], « un fiduciaire a l’obligation formelle d’investir la masse—

not lie fallow. This is the duty to invest.” Lord Hailsham of St. Marylebone in *Halsbury’s Laws of England*, 4th ed., Vol. 48, London: Butterworths, 1984, at paragraph 835, characterized the duty to invest as follows:

**835. Duty to invest.** Pending the negotiation and preparation of a mortgage, or during any other time in which an investment is being sought, a trustee may pay trust money into a bank to a deposit or other account, the interest on it, if any, being treated as income. Subject to this, or unless a trustee is expressly otherwise authorised or required under the terms of his trust, he must duly and promptly invest all capital trust money coming into his hands, and all income which cannot be immediately applied for the purposes of the trust, and he is liable for any loss which may result from its being improperly invested or being left uninvested for an unreasonable length of time, and for interest during the period of its being so left.

[196] In Donovan W. M. Waters, Q.C. editor-in-chief, Mark Gillen and Lionel Smith, eds., *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3rd ed. (Toronto: Thomson Carswell, 2005), at page 941 the authors note the importance of acting prudently in carrying out the duty to invest:

Prudence is the essential quality expected of trustees; prudence in the selection of good investments, and prudence in ensuring that those investments are also suitable, given the particular trust terms and the interests of each of the trust beneficiaries.

Investment will often be the most difficult task the trustee has to perform because on the one hand he is required to invest as wisely as he can, given the state of the market, and on the other hand he must adjust his investment plans to the needs of the trust objects.

[197] That the duty to invest is imposed upon trustees at common law was not controversial in this case. The dispute between the parties lay, however, in determining the extent to which this duty applies to the Crown as

ou, autrement dit, de la rendre productive—lorsque la masse est un bien consommable, par exemple lorsqu’il s’agit d’argent. La masse fiduciaire ne peut pas être laissée en friche. Il y a obligation d’investir ». Dans *Halsbury’s Laws of England*, 4<sup>e</sup> éd., Londres : Butterworths, 1984, au paragraphe 835, lord Hailsham of St. Marylebone a décrit comme suit l’obligation d’investir :

[TRADUCTION] **835. Obligation d’investir.** Dans l’attente de la négociation et la préparation entourant un acte d’hypothèque ou à tout autre moment où un investissement est recherché, le fiduciaire peut verser les sommes d’argent en fiducie à la banque, dans un compte de dépôt ou un autre compte, et traiter les intérêts s’y rapportant comme un revenu. Sous réserve de cette possibilité ou à moins que le fiduciaire ne soit expressément habilité à agir autrement en vertu des conditions inhérentes à la fiducie dont il a la charge, ou tenu de le faire, il doit investir sans délai et en bonne et due forme toutes les sommes en capital qu’il reçoit en fiducie et la totalité du revenu qui ne peut être utilisé immédiatement aux fins de la fiducie et il est responsable de toutes les pertes pouvant découler d’un mauvais investissement de ces sommes ou du fait qu’elles demeurent non investies pendant une période déraisonnable, ainsi que des intérêts courus pendant cette période.

[196] Dans Donovan W. M. Waters, c.r., rédacteur en chef, Mark Gillen et Lionel Smith, dir., *Waters’ Law of Trusts in Canada*, 3<sup>e</sup> éd. (Toronto : Thomson Carswell, 2005), à la page 941, les auteurs soulignent l’importance d’agir prudemment dans l’exécution de l’obligation d’investir :

[TRADUCTION] La prudence est la qualité essentielle attendue du fiduciaire, qui doit faire montre de prudence en choisissant de bons investissements et en veillant à ce que ces investissements soient appropriés, eu égard aux conditions particulières de la fiducie et aux intérêts de chacun des bénéficiaires de celle-ci.

L’investissement est souvent la tâche la plus difficile que le fiduciaire doit accomplir parce qu’il est tenu, d’une part, d’investir de la façon la plus judicieuse qui soit, compte tenu de l’état du marché, et, d’autre part, d’adapter ses plans d’investissement aux besoins inhérents des objets de la fiducie.

[197] Le fait que l’obligation d’investir s’applique aux fiduciaires visés par les règles de common law ne prêtait pas à la controverse en l’espèce, mais les parties ne s’entendaient pas sur la mesure dans laquelle cette

trustee of the appellants' royalty moneys. The Crown's duties will be explained in the following section.

c. The Crown's Power and Duty to Invest

[198] Whether the Crown had a duty to invest is at the heart of this case. The respondents argue that the Crown was precluded from investing by the legislation in two ways. First, the respondents allege that the Crown had no duty to invest. By virtue of section 17 of the *Financial Administration Act*, R.S.C., 1985, c. F-11 (FAA) and subsection 61(2) of the *Indian Act*, they say the Crown's only obligations were to hold the moneys in the CRF and pay interest on them at a rate set by Order in Council. Secondly, the Crown says it has no power to invest in any event, that power having been removed when what was section 92 in the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98 was removed during the 1951 amendments to that Act. In my view, the Crown is wrong in both respects. The analysis that follows will explain that the Crown's duties as trustee are not exhausted by the legislation. It is primarily bound to act as would a trustee at common law. Likewise, the removal of section 92 of the *Indian Act* in 1951 did not have the effect of removing the power of the Crown to invest Indian moneys. A proper review of the relevant legislation reveals that the power to invest continues under paragraph 64(1)(k), but only with the consent of the Band. Having established both that the Crown continues to have the duty to invest and the power to invest, I will then explain how the Crown's duty to invest operates in view of the consent requirement in paragraph 64(1)(k).

i. The common-law duties have not been displaced by legislation

[199] In order for legislation to circumscribe the common-law duties of a trustee, that intention must be clear (see *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2002), 215 D.L.R. (4th) 496 (Ont. C.A.), at paragraph 80, rev'd on other grounds, [2003] 2

obligation incombe à la Couronne en qualité de fiduciaire des redevances des appelants. Les obligations de la Couronne sont expliquées dans la section qui suit.

c. Le pouvoir et l'obligation d'investir de la Couronne

[198] La question de savoir si la Couronne avait l'obligation d'investir est au cœur du présent litige. Les intimés soutiennent que la législation empêchait la Couronne d'investir, et ce, de deux façons. D'abord, disent-ils, la Couronne n'était nullement tenue d'investir. Selon eux, en vertu de l'article 17 de la *Loi sur la gestion des finances publiques*, L.R.C. (1985), ch. F-11 (la LGFP), et du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens*, les obligations de la Couronne se limitaient à détenir les sommes d'argent au Trésor et à verser des intérêts sur ces montants au taux fixé par décret. En second lieu, la Couronne fait valoir qu'en tout état de cause, elle n'a pas le pouvoir d'investir, car ce pouvoir a été éliminé lorsque la disposition qui était l'article 92 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, a été abrogée lors des modifications apportées à cette Loi en 1951. À mon avis, ces deux arguments de la Couronne sont erronés. L'analyse qui suit montre que la législation n'a pas pour effet d'éliminer les obligations de la Couronne en qualité de fiduciaire. La Couronne demeure d'abord et avant tout tenue d'agir comme le ferait le fiduciaire visé par les règles de common law. Dans la même veine, l'abrogation de l'article 92 de la *Loi des Indiens* en 1951 n'a pas eu pour effet d'enlever à la Couronne le pouvoir d'investir les sommes d'argent des Indiens. Il appert d'un bon examen des dispositions législatives pertinentes que le pouvoir d'investir subsiste en vertu de l'alinéa 64(1)k), mais que ce pouvoir est assujéti au consentement de la bande. Ayant établi que la Couronne continue à avoir l'obligation et le pouvoir d'investir, j'expliquerai maintenant comment l'obligation de la Couronne s'applique dans le contexte du consentement exigé à l'alinéa 64(1)k).

i. Les obligations découlant de la common law n'ont pas été modifiées par la législation

[199] Pour que les obligations que la common law impose au fiduciaire soient circonscrites par un texte législatif, cette intention doit ressortir clairement du texte en question (voir *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2002), 215 D.L.R.

S.C.R. 40). To allow otherwise would be contrary to the principle set out by the Supreme Court of Canada in *Wells v. Newfoundland*, [1999] 3 S.C.R. 199, at paragraph 46:

In a nation governed by the rule of law, we assume that the government will honour its obligations unless it explicitly exercises its power not to. In the absence of a clear express intent to abrogate rights and obligations—rights of the highest importance to the individual—those rights remain in force. To argue the opposite is to say that the government is bound only by its whim, not its word. In Canada this is unacceptable, and does not accord with the nation's understanding of the relationship between the state and its citizens.

[200] Section 17 does not evince the requisite clear intention, nor does it even require, as the Crown suggests, that the moneys be held in the CRF. It merely requires that all public money, which includes the royalty moneys, be deposited in the CRF:

17. (1) Subject to this Part, all public money shall be deposited to the credit of the Receiver General.

[201] Likewise, subsection 61(2) of the *Indian Act* does not mandate that interest be paid on all Indian moneys. The provision requires only that when such moneys are held in the CRF, the Crown must pay interest at the rate set by the Governor in Council:

61. . . .

(2) Interest on Indian moneys held in the Consolidated Revenue Fund shall be allowed at a rate to be fixed from time to time by the Governor in Council.

[202] These sections do not mandate that the Indian moneys remain indefinitely in the CRF. They do not prohibit withdrawal. They simply mandate that when moneys are on deposit in the CRF, interest must be paid by the Crown.

[203] The common-law duties of a trustee, therefore, have not been replaced by narrower, legislative obligations, as the Crown suggests. Although nobody

(4th) 496 (C.A. Ont.), au paragraphe 80, décision infirmée pour d'autres motifs, [2003] 2 R.C.S. 40). Toute conclusion différente irait à l'encontre du principe que la Cour suprême du Canada a énoncé dans *Wells c. Terre-Neuve*, [1999] 3 R.C.S. 199, au paragraphe 46 :

Dans un pays régi par la primauté du droit, nous présumons que le gouvernement respectera ses obligations, à moins qu'il n'exerce expressément son pouvoir de ne pas le faire. Faute d'une intention expresse et claire d'abroger des droits et des obligations—droits de la plus haute importance pour l'individu—ces droits demeurent en vigueur. Prétendre le contraire signifierait que le gouvernement n'est lié que par son caprice, non par sa parole. Au Canada, cela est inacceptable et ne concorde pas avec la façon dont on envisage la relation entre l'État et ses citoyens.

[200] L'article 17 ne montre pas l'intention claire nécessaire et n'exige même pas, contrairement à ce que la Couronne soutient, que les sommes d'argent soient détenues au Trésor. Il exige simplement que tous les fonds publics, ce qui comprend les redevances, soient déposés au Trésor :

17. (1) Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, les fonds publics sont déposés au crédit du receveur général.

[201] De la même façon, le paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens* n'exige pas que des intérêts soient versés sur toutes les sommes d'argent des Indiens. Il prévoit simplement que, lorsque de l'argent des Indiens est détenu au Trésor, la Couronne doit payer des intérêts au taux que fixe le gouverneur en conseil :

61. [ . . . ]

(2) Les intérêts sur l'argent des Indiens détenu au Trésor sont alloués au taux que fixe le gouverneur en conseil.

[202] Ces deux dispositions n'exigent pas que les sommes d'argent des Indiens demeurent indéfiniment au Trésor et n'interdisent pas les retraits. Elles prévoient simplement que, lorsque des sommes d'argent sont déposées au Trésor, la Couronne doit verser des intérêts sur ces montants.

[203] En conséquence, contrairement à ce que la Couronne soutient, les obligations qui incombent au fiduciaire selon la common law n'ont pas été remplacées

argued this, it is worthwhile to note that there is nothing in provincial legislation that would derogate from the obligation of the Crown to invest. In the *Alberta Trustee Act*, R.S.A. 2000, c. T-8, for example, trustees are empowered with the authority to invest trust funds (section 3) and are liable if they do not exercise reasonable skill and prudence in making the investments (subsection 4(1) [as am. by S.A. 2001, c. 28, s. 2]). Consequently, the starting point for determining Crown's duties are those of a trustee at common law. These will be outlined in the section that follows.

[204] This holding is consistent with the landmark decision of the Supreme Court of Canada in *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 (*Guerin*). In that case, Dickson J., for the majority, determined that when reserve lands were surrendered to the Crown, the arrangement was "trust-like" and the consequences for breach of the Crown's fiduciary duties were likewise similar to those imposed on a common-law trustee. In *Guerin*, Dickson J. could not find a trust because of the nature of Aboriginal title: when lands bearing Aboriginal title are surrendered to the Crown, the Aboriginal group no longer holds an interest in them and therefore there is no legal interest which can form the *corpus* of the trust. As the trial Judge properly identified, no such difficulty exists with respect to the royalty moneys in the present case because moneys beneficially owned by the Bands can form the *corpus* of a trust. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at paragraph 13 (*Blueberry*), the Supreme Court of Canada underscored the use of trust concepts. While acknowledging that in the case of a land surrender, for the reasons expressed by Dickson J. in *Guerin*, a strict common-law trust could not be identified, Gonthier J. nevertheless held that the surrenders at issue "were framed as trusts, and the parties therefore intended to create a trust-like relationship. Thus, for lack of a better label, I think that it is appropriate to refer to these surrenders as trusts in Indian land."

par des obligations d'origine législative plus restreintes. Bien que cet argument n'ait pas été invoqué, il convient de souligner qu'aucune disposition de la législation provinciale ne donnerait lieu à une dérogation à l'obligation d'investir de la Couronne. Ainsi, selon la *Trustee Act* de l'Alberta, R.S.A. 2000, ch. T-8, les fiduciaires sont autorisés à investir les fonds de la fiducie (article 3) et sont responsables lorsqu'ils ne font pas montre de prudence et de compétence raisonnables lors de leurs investissements (paragraphe 4(1) [mod. par S.A. 2001, ch. 28, art. 2]). En conséquence, pour déterminer les obligations de la Couronne, il faut d'abord examiner les obligations qui incombent au fiduciaire selon la common law. Ces obligations sont exposées dans la section qui suit.

[204] Cette conclusion est compatible avec l'arrêt clé que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335 (*Guerin*). Dans ce jugement, le juge Dickson, qui s'exprimait au nom de la majorité, a décidé que, lorsque des terres de réserve ont été cédées à la Couronne, l'arrangement était « de nature fiduciaire » et les conséquences en cas de manquement aux obligations fiduciaires de la Couronne étaient semblables à celles qui étaient imposées au fiduciaire visé par les règles de common law. Dans cet arrêt, le juge Dickson n'a pu conclure à l'existence d'une fiducie en raison de la nature du titre autochtone : lorsque des terres appartenant à des autochtones sont cédées à la Couronne, le groupe autochtone cesse de détenir un intérêt sur ces terres, de sorte qu'il n'y a aucun droit pouvant constituer la masse fiduciaire. Comme le juge de première instance l'a souligné à juste titre, aucun problème semblable n'existe dans le cas des redevances visées par la présente affaire, parce que les sommes d'argent appartenant à titre bénéficiaire aux bandes peuvent former la masse fiduciaire. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, au paragraphe 13 (*Blueberry*), la Cour suprême du Canada a mis en évidence l'application des concepts de la fiducie. Tout en reconnaissant que, dans le cas d'une cession de terre, pour les motifs qu'a exprimés le juge Dickson dans *Guerin*, l'existence d'une fiducie visée par les règles de common law ne pouvait être reconnue, le juge Gonthier a néanmoins décidé que

les cessions en litige « étaient conçues comme des fiducies, et les parties avaient en conséquence l'intention de créer des rapports semblables à ceux créés par une fiducie. En conséquence, à défaut d'un meilleur qualificatif, j'estime approprié d'appeler ces cessions des fiducies visant des terres indiennes ».

ii. Does the Crown have the power to invest or was it lost by the repeal of the investment section?

[205] The respondents submit that the Crown lost its power to invest when section 92 of the *Indian Act*, R.S.C. 1927, c. 98, which authorized the Crown to make investments of Indian moneys, was repealed in 1951.

[206] In 1951, the *Indian Act* underwent significant amendments. One of such amendments was the removal of what were then sections 92 and 93. These sections provided as follows:

92. With the exception of such sum not exceeding fifty per centum of the proceeds of any land, timber or other property, as is agreed at the time of the surrender to be paid to the members of the band interested therein, the Governor in Council may, subject to the provisions of this Part, direct how and in what manner, and by whom, the moneys arising from the disposal of Indian lands, or of property held or to be held in trust for Indians, or timber on Indian lands or reserves, or from any other source for the benefit of Indians, shall be invested from time to time, and how the payments or assistance to which the Indians are entitled shall be made or given.

2. The Governor in Council may provide for the general management of such moneys, and direct what percentage or proportion thereof shall be set apart, from time to time, to cover the cost of and incidental to the management of reserves, lands, property and moneys under the provisions of this Part, and may authorize and direct the expenditure of such moneys for surveys, for compensation to Indians for improvements or any interest they had in lands taken from them, for the construction or repair of roads, bridges, ditches and watercourses on such reserves or lands, for the construction and repair of school buildings and charitable institutions, and by way of contribution to schools attended by such Indians: Provided that where the capital standing to the credit of a band does not exceed the sum of two thousand dollars the Governor in Council may direct and authorize the

ii. La Couronne a-t-elle le pouvoir d'investir ou ce pouvoir a-t-il été perdu par suite de l'abrogation de la disposition relative aux investissements?

[205] Les intimés soutiennent que la Couronne a perdu son pouvoir d'investir lorsque l'article 92 de la *Loi des Indiens*, S.R.C. 1927, ch. 98, qui autorisait la Couronne à investir l'argent des Indiens, a été abrogé en 1951.

[206] En 1951, des modifications majeures ont été apportées à la *Loi des Indiens*. Une de ces modifications était l'abrogation des dispositions qui étaient alors les articles 92 et 93, dont voici le texte :

92. A l'exception de la somme, n'excédant pas cinquante pour cent du produit d'une terre, de bois de construction ou d'autres biens qu'il est convenu, lors de la rétrocession, de verser aux membres de la bande y intéressée, le gouverneur en son conseil peut, sous réserve des dispositions de la présente Partie, prescrire comment, de quelle manière et par qui les deniers provenant de l'aliénation ou de la vente de terres indiennes, ou de biens tenus ou à tenir en fiducie pour les Indiens, ou de bois de construction sur les terres ou dans les réserves indiennes, ou provenant de toute autre source au bénéfice des Indiens, doivent être placés à toute époque, et il peut prescrire le mode de versement ou de secours auxquels les Indiens ont droit.

2. Le gouverneur en son conseil peut assurer l'administration générale de ces deniers, et fixer la quotité ou la proportion qui doit, de temps à autre, en être mise à part pour couvrir les frais occasionnés par l'administration des réserves, terres, biens et deniers sous l'empire de la présente Partie; et il peut autoriser et ordonner l'emploi de ces deniers pour les arpentages, pour l'indemnité à payer aux Indiens pour améliorations ou pour tout intérêt qu'ils avaient dans les terres dont ils sont dépossédés, pour l'établissement ou la réparation des chemins, ponts, fossés et cours d'eau dans ces réserves ou sur ces terres, pour la construction et la réparation de maisons d'école et d'institutions de charité, et à titre de contribution aux écoles fréquentées par ces Indiens. Mais lorsque le capital porté au crédit d'une bande ne dépasse pas la somme de deux mille dollars, le gouverneur en son conseil peut ordonner et

expenditure of such capital for any purpose which may be deemed to be for the general welfare of the band.

93. The Governor in Council may, with the consent of a band, authorize and direct the expenditure of any capital moneys standing at the credit of such band, in the purchase of land as a reserve for the band or as an addition to its reserve, or in the purchase of cattle, implements or machinery for the band, or in the construction of permanent improvements upon the reserve of the band, or such works thereon or in connection therewith as, in his opinion, will be of permanent value to the band, or will, when completed, properly represent capital or in the making of loans to members of the band to promote progress, no such loan, however, to exceed in amount one-half of the appraised value of the interest of the borrower in the lands held by him.

2. In the event of a band refusing to consent to the expenditure of such capital moneys as the Superintendent General may consider advisable for any of the purposes mentioned in subsection one of this section, and it appearing to the Superintendent General that such refusal is detrimental to the progress or welfare of the band, the Governor in Council may, without the consent of the band, authorize and direct the expenditure of such capital for such of the said purposes as may be considered reasonable and proper.

3. Whenever any land in a reserve whether held in common or by an individual Indian is uncultivated and the band or individual is unable or neglects to cultivate the same, the Superintendent General, notwithstanding anything in this Act to the contrary, may, without a surrender, grant a lease of such lands for agricultural or grazing purposes for the benefit of the band or individual, or may employ such persons as may be considered necessary to improve or cultivate such lands during the pleasure of the Superintendent General, and may authorize and direct the expenditure of so much of the capital funds of the band as may be considered necessary for the improvements of such land, or for the purchase of such stock, machinery, material or labour as may be considered necessary for the cultivation or grazing of the same, and in such case all the proceeds derived from such lands, except a reasonable rent to be paid for any individual holding, shall be placed to the credit of the band.

4. In the event of improvements being made on the lands of an individual the Superintendent General may deduct the value of such improvements from the rental payable for such lands.

[207] The Crown relies on the removal of section 92 to establish that the Crown no longer has the power to invest. However, a review of section 64 of the present *Indian Act*, which has existed largely unchanged from

autoriser la dépense de ce capital pour toute fin tendant au bien-être général de la bande

93. Le gouverneur en son conseil peut, du consentement d'une bande, autoriser et prescrire l'emploi de capitaux portés au crédit de la bande, à l'achat de terrains devant servir de réserve à la bande ou augmenter sa réserve, ou à l'achat de bestiaux, d'instruments aratoires ou de machines pour la bande, ou à l'exécution d'améliorations permanentes dans la réserve de la bande, ou aux travaux dans la réserve ou connexes à la réserve, qu'il estime devoir procurer une valeur permanente, ou qui, après leur achèvement, représenteront un capital effectif, ou à faire des prêts aux membres de la bande afin de favoriser le progrès; toutefois, ces prêts ne doivent pas être supérieurs à la moitié de la valeur estimative de l'intérêt de l'emprunteur dans les terres qu'il détient.

2. Advenant qu'une bande refuse de consentir à dépenser les capitaux que le surintendant général peut juger opportun de dépenser pour l'une des fins mentionnées au premier paragraphe du présent article, et s'il appert au surintendant général que ce refus est préjudiciable au progrès ou au bien-être de la bande, le gouverneur en son conseil peut, sans le consentement de la bande, autoriser et ordonner la dépense de ces capitaux pour celles desdites fins qui peuvent être jugées raisonnables et convenables.

3. Lorsqu'une terre située dans une réserve, qu'elle soit tenue en commun ou par un Indien en particulier, est inculte, et que la bande ou l'Indien est incapable ou néglige de la cultiver, le surintendant général, nonobstant toute disposition contraire contenue dans la présente loi, peut, sans qu'il y ait eu rétrocession, accorder un affermage de ce terrain pour des fins d'agriculture ou de pâturage, au bénéfice de la bande ou de l'individu, ou il peut employer les personnes qui peuvent être jugées nécessaires afin de cultiver ou d'améliorer cette terre durant le bon plaisir du surintendant général, et il peut autoriser et ordonner la partie des capitaux de la bande qui peut être jugée nécessaire pour améliorer cette terre, ou pour acheter les animaux, machines, matériaux ou main-d'œuvre qui peuvent être considérés comme nécessaires pour la culture ou le pâturage de cette terre; et dans ce cas tout le produit de ce terrain, sauf une redevance raisonnable à payer pour toute propriété individuelle, sera placé au crédit de la bande.

4. Si des améliorations sont effectuées sur les terres d'un individu, le surintendant général peut déduire la valeur de ces améliorations de la redevance payable pour ces terres.

[207] La Couronne invoque l'abrogation de l'article 92 pour établir qu'elle n'a plus le pouvoir d'investir. Cependant, un examen de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens* actuellement en vigueur, qui est demeuré à peu



the form adopted during the 1951 amendments, illustrates that rather than removing the power to invest or the power to make the other expenditures from Indian capital moneys listed in sections 92 and 93, the 1951 amendments merely established a new regime for making such expenditures. Under the new regime, the Minister continues to have considerable scope to make expenditures, including investments, of band capital moneys, but he or she can no longer do so without the band's consent. Section 64 provides as follows:

**64. (1)** With the consent of the council of a band, the Minister may authorize and direct the expenditure of capital moneys of the band

(a) to distribute per capita to the members of the band an amount not exceeding fifty per cent of the capital moneys of the band derived from the sale of surrendered lands;

(b) to construct and maintain roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or on surrendered lands;

(c) to construct and maintain outer boundary fences on reserves;

(d) to purchase land for use by the band as a reserve or as an addition to a reserve;

(e) to purchase for the band the interest of a member of the band in lands on a reserve;

(f) to purchase livestock and farm implements, farm equipment or machinery for the band;

(g) to construct and maintain on or in connection with a reserve such permanent improvements or works as in the opinion of the Minister will be of permanent value to the band or will constitute a capital investment;

(h) to make to members of the band, for the purpose of promoting the welfare of the band, loans not exceeding one-half of the total value of

(i) the chattels owned by the borrower, and

(ii) the land with respect to which he holds or is eligible to receive a Certificate of Possession,

and may charge interest and take security therefor;

(i) to meet expenses necessarily incidental to the management of lands on a reserve, surrendered lands and any band property;

(j) to construct houses for members of the band, to make loans to members of the band for building purposes with

près inchangé depuis les modifications de 1951, montre que celles-ci n'ont pas éliminé le pouvoir d'investir ou le pouvoir de faire les autres dépenses des sommes d'argent au compte en capital des Indiens qui sont énumérées aux articles 92 et 93, mais ont simplement eu pour effet de créer un nouveau régime à l'égard de ces dépenses. En vertu du nouveau régime, le ministre continue à bénéficier d'une grande marge de manœuvre pour faire des dépenses, y compris des investissements de sommes d'argent au compte en capital des bandes, mais il ne peut plus le faire sans le consentement de la bande en cause. L'article 64 prévoit ce qui suit :

**64. (1)** Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut autoriser et prescrire la dépense de sommes d'argent au compte en capital de la bande

a) pour distribuer *per capita* aux membres de la bande un montant maximal de cinquante pour cent des sommes d'argent au compte en capital de la bande, provenant de la vente de terres cédées;

b) pour construire et entretenir des routes, ponts, fossés et cours d'eau dans des réserves ou sur des terres cédées;

c) pour construire et entretenir des clôtures de délimitation extérieure sur les réserves;

d) pour acheter des terrains que la bande emploiera comme réserve ou comme addition à une réserve;

e) pour acheter pour la bande les droits d'un membre de la bande sur des terrains sur une réserve;

f) pour acheter des animaux, des instruments ou de l'outillage de ferme ou des machines pour la bande;

g) pour établir et entretenir dans une réserve ou à l'égard d'une réserve les améliorations ou ouvrages permanents qui, de l'avis du ministre, seront d'une valeur permanente pour la bande ou constitueront un placement en capital;

h) pour consentir aux membres de la bande, en vue de favoriser son bien-être, des prêts n'excédant pas la moitié de la valeur globale des éléments suivants :

(i) les biens meubles appartenant à l'emprunteur,

(ii) la terre concernant laquelle il détient ou a le droit de recevoir un certificat de possession,

et percevoir des intérêts et recevoir des gages à cet égard;

i) pour subvenir aux frais nécessairement accessoires à la gestion de terres situées sur une réserve, de terres cédées et de tout bien appartenant à la bande;

j) pour construire des maisons destinées aux membres de la bande, pour consentir des prêts aux membres de la

or without security and to provide for the guarantee of loans made to members of the band for building purposes; and

(k) for any other purpose that in the opinion of the Minister is for the benefit of the band.

[208] There is no evidence that the investment clause was discussed or referred to in the discussions leading up to the 1951 amendments. This was confirmed by the Crown in oral argument. It would seem that if there was an intention to remove such an important power as the power to invest, that there would have been some discussion of this intention. Rather, it is evident on the face of these provisions that the amendments were not an attempt to reduce the type of expenditures, such as investments, that could be made with Indian moneys, but rather were intended to remove the Crown's power to make expenditures and investments of Indian capital moneys without the need to obtain the consent of the band. Under section 92, the Governor in Council had complete authority to make expenditures for the listed purposes without seeking consent of the band. Under section 93, although subsection (1) appears to indicate that the Governor in Council must seek band consent before directing expenditures of capital funds for the listed purposes, subsection (2) in fact permits the Governor in Council to make expenditures even if the band refuses to consent, if the Superintendent General considers the refusal detrimental to the progress or welfare of the band. Under section 64 the Minister no longer has any power to make expenditures of band capital moneys without first obtaining the consent of the band council.

[209] A comparison of sections 92 and 93 of the former *Indian Act* with the present section 64 reveals that the former provisions were consolidated into a single provision intended to govern all capital expenditures in a unified manner; section 92 was not simply removed in its entirety. The reference to investment previously found in section 92 has been replaced by the broader authority in paragraph 64(1)(k) to use capital moneys "for any other purpose that in the

bande aux fins de construction, avec ou sans garantie, et pour prévoir la garantie des prêts consentis aux membres de la bande en vue de la construction;

k) pour toute autre fin qui, d'après le ministre, est à l'avantage de la bande.

[208] Il n'y a aucun élément de preuve montrant que la disposition relative aux investissements a été débattue ou mentionnée au cours des discussions qui ont mené aux modifications de 1951. La Couronne l'a confirmé d'ailleurs au cours de ses plaidoiries. Il semble que, si une intention d'éliminer un pouvoir aussi important que le pouvoir d'investir avait existé, des discussions auraient eu lieu à ce sujet. Le texte des dispositions précitées montre plutôt clairement que les modifications n'avaient pas pour but de réduire le type de dépenses, comme des investissements, qui pouvaient être faites avec l'argent des Indiens, mais plutôt de retirer à la Couronne le pouvoir de faire des dépenses et des investissements en utilisant l'argent au compte en capital des Indiens sans obtenir préalablement le consentement de la bande en cause. En vertu de l'article 92, le gouverneur en conseil était parfaitement habilité à faire des dépenses aux fins énumérées sans demander le consentement de la bande. Bien que le paragraphe (1) de l'article 93 semble montrer que le gouverneur en conseil doit demander le consentement de la bande avant de prescrire l'emploi de capitaux portés au crédit de la bande aux fins énumérées, le paragraphe (2) permet effectivement au gouverneur en conseil de faire des dépenses même lorsque la bande refuse d'y consentir, lorsque le surintendant général estime que ce refus est préjudiciable au progrès ou au bien-être de la bande. En vertu de l'article 64, le ministre n'a plus le pouvoir de faire des dépenses de sommes d'argent au compte en capital de la bande sans avoir préalablement obtenu le consentement du conseil de bande.

[209] Une comparaison des articles 92 et 93 de l'ancienne *Loi des Indiens* avec l'actuel article 64 révèle que les anciennes dispositions ont été fusionnées en une seule disposition visant à régir de façon unifiée l'ensemble des dépenses en capital; l'article 92 n'a pas simplement été éliminé en entier. Le renvoi aux investissements qui se trouvait précédemment à l'article 92 a été remplacé par le pouvoir plus large énoncé à l'alinéa 64(1)k), qui permet d'utiliser les sommes

opinion of the Minister is for the benefit of the band.” The permissible expenditures in the former section 92, including the authority to pay expenses incidental to the management of reserves, lands and property; the authority to pay for the construction or repair of roads, bridges, ditches and watercourses on reserves or surrendered lands; and the authority to make distributions to band members of no more than fifty per cent of the value of surrendered property, have been combined with the permissible expenditures from the former section 93 into the current section 64.

[210] The work of the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons appointed to examine and consider the *Indian Act* in 1946, 1947, and 1948, and the Parliamentary debates leading up to the enactment of the consolidated *Indian Act* in 1951 also indicate that the thrust of the change to the money management provisions was not to remove the power of the Crown to invest, but rather to give bands greater control over their expenditures. Numerous Aboriginal groups, including the Indian Association of Alberta, made submissions to the Special Joint Committee requesting that the power of the Governor in Council to unilaterally authorize expenditures of capital moneys be removed from the Act. Likewise, members of Parliament indicated a desire to give Aboriginal peoples greater control over their own affairs. This respect for the decisions of bands themselves is similarly reflected in the approach taken to amending the *Indian Act* in 1951, which involved extensive consultation with Aboriginal groups before the new legislation was enacted and it is also more in accord with Treaty No. 6, which contemplates that the consent of the bands would be obtained when their assets were being dealt with by the Crown.

[211] This interpretation is also consistent with subsection 21(2) of the *Interpretation Act*, R.S.C. 1927, c. 1, in force when the 1951 amendments to the *Indian Act* came into force, which stated: “The amendment of any Act shall not be deemed to be or to involve a

d’argent au compte en capital « pour toute autre fin qui, d’après le ministre, est à l’avantage de la bande ». Les dépenses autorisées par l’ancien article 92, y compris le paiement des frais occasionnés par l’administration des réserves, terres et biens, l’emploi des deniers pour l’établissement ou la réparation des chemins, ponts, fossés et cours d’eau dans les réserves ou les terres cédées et la distribution aux membres des bandes d’une somme n’excédant pas cinquante pour cent de la valeur des biens cédés, ont été réunies avec les dépenses permises en vertu de l’ancien article 93 pour former l’actuel article 64.

[210] Il appert également des travaux du Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes chargé d’examiner la *Loi sur les Indiens* en 1946, 1947 et 1948 et des débats parlementaires qui ont mené à l’adoption de la *Loi sur les Indiens* codifiée en 1951 que la modification des dispositions relatives à l’administration de l’argent n’avait pas pour but de retirer à la Couronne le pouvoir d’investir, mais plutôt d’accorder aux bandes un plus grand pouvoir de contrôle sur leurs dépenses. De nombreux groupes autochtones, dont l’Indian Association of Alberta, ont présenté au Comité mixte spécial des observations dans lesquelles ils ont demandé le retrait de la Loi du pouvoir du gouverneur en conseil d’autoriser unilatéralement les dépenses des sommes d’argent au compte en capital. Dans la même veine, les députés ont exprimé le souhait d’accorder aux Autochtones le droit d’exercer un plus grand contrôle sur leurs propres affaires. Ce respect à l’endroit des décisions des bandes elles-mêmes est traduit de la même façon dans le processus qui a mené à la modification de la *Loi sur les Indiens* en 1951 et au cours duquel les groupes autochtones ont été longuement consultés avant l’adoption de la nouvelle Loi. Il cadre également davantage avec le Traité n° 6, qui prévoit l’obtention du consentement des bandes lors de l’adoption par la Couronne de mesures touchant leurs biens.

[211] Cette interprétation est également compatible avec le paragraphe 21(2) de la *Loi d’interprétation*, S.R.C. 1927, ch. 1, qui était en vigueur lorsque les modifications apportées à la *Loi sur les Indiens* en 1951 ont pris effet et qui était ainsi libellé : « La modification

declaration that the law under such Act was, or was considered by Parliament to have been, different from the law as it has become under such Act as so amended.” By this section, the Court is required to presume where possible that the meaning of the provisions of the pre-amendment legislation bear the same meaning as their counterparts after amendment. A construction of the relevant provisions consistent with this principle, such as the one I have set out above, must therefore be adopted in favour of a construction that results in a change in legislative meaning.

[212] Moreover, the trial Judge’s order on January 27, 2005 allowing the transfer of all of Samson’s capital moneys to the Band was made under the authority of paragraph 64(1)(k) of the *Indian Act*. A condition of that transfer was the preparation and execution of a trust instrument detailing an investment plan for the funds [*Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [2005] 2 C.N.L.R. 358 (FC)], at paragraph 6):

Samson must prepare and execute a trust agreement with provisions satisfactory to the Court. The agreement will name an external trustee or board of trustees, independent of Samson, which will hold the money. It will contain provisions dealing with a detailed financial plan which, in turn, will set out the fund’s investment and spending policies. The trust agreement will establish the conditions necessary for the payout of income and encroachments upon capital. The agreement will contain provisions concerning the selection and dismissal of investment managers and trustees. It will establish processes for monitoring and reviewing the performance of the funds and the investment policy, as well as reporting to Samson Cree Nation members.

[213] Following the trial Judge’s January 27, 2005 order, the Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed (the deed) was consented to by the Crown and approved by the trial Judge. The deed sets out the objects of the trust as follows:

d’une loi n’est pas censée être ni impliquer une déclaration que le régime établi par cette loi était différent du régime établi par la loi modifiée, ou que le Parlement l’a considéré comme ayant été différent ». Selon cette disposition, la Cour doit présumer, lorsque c’est possible de le faire, que les dispositions du texte législatif qui étaient en vigueur avant la modification ont le même sens que les dispositions correspondantes qui se sont appliquées après celle-ci. En conséquence, il est nécessaire d’adopter une interprétation des dispositions législatives en cause qui est compatible avec ce principe et qui est semblable à celle que j’ai exposée plus haut plutôt qu’une interprétation qui entraîne un changement du sens de ces dispositions.

[212] De plus, l’ordonnance que le juge de première instance a rendue le 27 janvier 2005 et dans laquelle il a autorisé le transfert de toutes les sommes d’argent du compte en capital de Samson à la bande est fondée sur le pouvoir énoncé à l’alinéa 64(1)k) de la *Loi sur les Indiens*. Une des conditions du transfert en question était la préparation et la signature d’un acte de fiducie comportant un plan d’investissement détaillé à l’égard des sommes d’argent [*Nation et bande indienne de Samson c. Canada*, 2005 CF 136], au paragraphe 6) :

Samson doit préparer et signer une convention de fiducie contenant des dispositions satisfaisantes pour la Cour. La convention nommera un fiduciaire ou un conseil de fiducie externe, indépendant de Samson, lequel détiendra l’argent. Elle contiendra des dispositions traitant d’un plan financier détaillé, lequel exposera à son tour les politiques de placement et de dépense des fonds. La convention de fiducie établira les conditions nécessaires au versement des revenus et aux prélèvements sur le capital. La convention contiendra des dispositions concernant la sélection et la destitution des directeurs des placements et des fiduciaires. Elle établira des processus pour la surveillance et l’examen du rendement des fonds et de la politique de placement, de même que pour la communication de rapports aux membres de la Nation crie de Samson.

[213] Après l’ordonnance susmentionnée du 27 janvier 2005, la Couronne a consenti au Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed (l’acte de fiducie) et le juge de première instance l’a approuvé. Les objets de la fiducie sont énoncés comme suit dans ce document :

[TRADUCTION]

ARTICLE 3—TRUST OBJECTS

3.1 The objects of the Trust are that the Trustees manage and invest the Trust Fund on behalf of the Beneficiary. The Trustees shall have the following responsibilities:

(a) They are to manage and invest as a prudent person would.

(b) They are to invest to attempt to generate sufficient Net Income annually to assist the Beneficiary to meet its responsibilities to present and future members.

(c) They are to attempt to maintain the purchasing power of the Trust Fund by endeavouring to ensure that over the long term the value of the Net Capital of the Trust remains at least at the real dollar level of 2005 in respect of sums transferred to the Trust in 2005, and at least at the real dollar level of the year in which other sums are transferred to the Trust in respect of any other amounts transferred to the Trustees for the purposes of the Trust. The real dollar level is to be determined by reference to the Consumer Price Index as published by Statistics Canada from time to time.

3.2 In managing and investing as a prudent person would:

(a) The Trustees may invest the Trust Funds in any kind of property if the investment is made in accordance with this Trust Deed.

(b) The Trustees must invest the Trust Funds with a view to obtaining a reasonable return while avoiding undue risk, having regard to the circumstances of the Trust.

(c) The Trustees must review the Trust investments at reasonable intervals for the purpose of determining that the investments continue to be appropriate to the circumstances of the Trust.

(d) The Trustees who have invested trust funds in property may exercise for the benefit of the Trust any right or power that a person who was both the legal and beneficial owner of the Trust's interest in the property could exercise.

(e) Without restricting the matters that the Trustees may consider, in planning the investment of the Trust Funds the Trustees must consider the following matters, insofar as they are relevant to the circumstances of the Trust:

(i) the purposes and probable duration of the Trust, the total value of the Trust Fund and the needs and circumstances of the Beneficiary;

CLAUSE 3—OBJETS DE LA FIDUCIE

3.1 Les fiduciaires doivent gérer et investir les sommes d'argent du fonds fiduciaire pour le compte du bénéficiaire. Les responsabilités suivantes incombent aux fiduciaires :

a) Ils doivent gérer et investir les fonds comme le ferait une personne prudente.

b) Ils doivent faire des investissements de manière à générer un revenu net annuel suffisant pour aider le bénéficiaire à s'acquitter de ses responsabilités envers les membres actuels et futurs.

c) Ils doivent tenter de préserver le pouvoir d'achat du fonds fiduciaire en cherchant à s'assurer qu'à long terme, la valeur du capital net de la fiducie demeure au moins égale à la valeur en dollars réels de 2005 en ce qui concerne les montants transférés à la fiducie en 2005 et au moins égale à la valeur en dollars réels de l'année au cours de laquelle les autres sommes sont transférées à la fiducie en ce qui a trait aux autres montants transférés aux fiduciaires aux fins de la fiducie. La valeur en dollars réels doit être déterminée à l'aide de l'Indice des prix à la consommation que publie Statistique Canada à l'occasion.

3.2 Afin de gérer et d'investir les sommes d'argent comme le ferait une personne prudente :

a) Les fiduciaires peuvent investir les fonds de la fiducie dans des biens de tout type, pourvu que l'investissement soit fait conformément au présent acte de fiducie.

b) Les fiduciaires doivent investir les fonds de la fiducie afin d'obtenir un rendement raisonnable tout en évitant les risques indus, eu égard aux circonstances inhérentes à la fiducie.

c) Les fiduciaires doivent réviser les investissements de la fiducie à des intervalles raisonnables pour s'assurer que les investissements demeurent appropriés, eu égard aux circonstances inhérentes à la fiducie.

d) Les fiduciaires qui ont investi les fonds de la fiducie dans des biens peuvent exercer au profit de la fiducie les droits et pouvoirs que la personne ayant détenu le titre juridique et bénéficiaire de la participation de la fiducie sur le bien pourrait exercer.

e) Lorsqu'ils planifient l'investissement des fonds de la fiducie, les fiduciaires doivent tenir compte, notamment, des éléments suivants, dans la mesure où ils sont pertinents quant aux circonstances inhérentes à la fiducie :

(i) l'objet et la durée probable de la fiducie, la valeur totale du fonds fiduciaire ainsi que les besoins et la situation du bénéficiaire;

- (ii) the duty to act impartially towards the Beneficiary and between different members of the Beneficiary;
- (iii) the special relationship or value of an asset to the purpose of the Trust or to the Beneficiary;
- (iv) the need to maintain the real value of the capital or income of the Trust;
- (v) the need to maintain a balance that is appropriate to the circumstances of the Trust between
  - (A) risk,
  - (B) expected total return from income and the appreciation of capital,
  - (C) liquidity, and
  - (D) regularity of income;
- (vi) the importance of diversifying the investments to an extent that is appropriate to the circumstances of the Trust;
- (vii) the role of different investments or courses of action in the Trust portfolio;
- (viii) the costs, such as commissions and fees, of investment decisions or strategies;
- (ix) the expected tax consequences of investment decisions or strategies.

[214] The deed also specifies a number of administrative matters including:

11.1 The Trustees shall appoint a qualified auditor for the Trust and shall insure that at all times a qualified auditor for the Trust is in office. The Trustees may change auditors as may be necessary.

11.2 The Trustees may retain staff to carry on any of the administrative duties and responsibilities of the Trustees.

11.3 The Trustees may retain by contract or otherwise, any person or persons who they in their absolute discretion feel can best advise them on matters relating to the administration of the Trust or the Trust fund including but not limited to legal, accounting and investment advisors.

11.4 The Trustees shall also, as a high priority, develop an investment policy and shall retain professional investment advisors with suitable qualifications to aid them in developing that policy and investing the Trust Fund. The Trustees shall, at least once a year, review the policy to determine whether it

- (ii) l'obligation d'agir de façon impartiale envers le bénéficiaire et entre les différents membres de celui-ci;
- (iii) la relation spéciale d'un bien avec l'objet de la fiducie ou avec le bénéficiaire ou la valeur spéciale de ce bien pour cet objet ou pour ce bénéficiaire;
- (iv) la nécessité de préserver la valeur réelle du capital ou du revenu de la fiducie;
- (v) la nécessité de conserver un équilibre convenant aux circonstances inhérentes à la fiducie entre
  - (A) le risque,
  - (B) le rendement total prévu du revenu et de l'accroissement du capital,
  - (C) la liquidité,
  - (D) la régularité du revenu;
- (vi) l'importance de diversifier les investissements dans la mesure convenant aux circonstances inhérentes à la fiducie;
- (vii) le rôle de différents placements ou mesures dans le portefeuille de la fiducie;
- (viii) les coûts, comme les commissions et honoraires, des décisions ou stratégies en matière d'investissement;
- (ix) les conséquences fiscales prévues des décisions ou stratégies en matière d'investissement.

[214] L'acte de fiducie comporte également certaines clauses concernant des questions administra-tives :

[TRADUCTION]

11.1 Les fiduciaires désignent un vérificateur compétent pour la fiducie et veillent en tout temps à ce qu'un vérificateur compétent pour celle-ci soit en fonction. Les fiduciaires peuvent remplacer le vérificateur lorsque c'est nécessaire.

11.2 Les fiduciaires peuvent engager du personnel pour l'exécution de leurs tâches et responsabilités administratives.

11.3 Les fiduciaires peuvent, par contrat ou autrement, retenir les services des personnes qui, à leur seul avis, peuvent les conseiller judicieusement sur les questions liées à l'administration de la fiducie ou du fonds fiduciaire, y compris des conseillers juridiques et des conseillers en matière de comptabilité et d'investissement.

11.4 De façon prioritaire, les fiduciaires doivent également élaborer une politique d'investissement et retenir les services des conseillers en investissement professionnels ayant les compétences voulues pour les aider à élaborer cette politique et à investir les sommes d'argent du fonds fiduciaire. Les

remains appropriate and if it is not, to make such changes as may be necessary. The Trustees shall also continuously monitor and at least annually review the investment returns of the Trust Fund.

[215] By virtue of its approval of the deed and accompanying investment policy, the Crown consented to the transfer of Samson's capital moneys to a trustee to perform all the investment functions the Crown now says it had no authority to perform itself. The Crown's position is completely inconsistent. It is illogical to interpret paragraph 64(1)(k) on the one hand as permitting the Crown to agree that all of Samson's capital moneys be turned over to a trustee to invest with the Band's consent, but on the other hand to argue that the same provision of the *Indian Act* would not permit the government to itself invest the moneys under the same investment terms with the Band's consent.

[216] In any event, the Crown did not strongly recommend at an early stage to the Bands that because their position was that the Crown could not invest, that the Bands should consent to turning over the moneys to an independent trustee with powers comparable to those which appeared much later in the Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed. Such a recommendation would have been consistent not only with the Crown's duties as a trustee, but also with its general fiduciary duties to Aboriginal bands.

[217] A further inconsistency in the conduct of the Crown is shown by its approval of a number of investments under paragraph 64(1)(k) including the purchase from Samson's capital moneys of \$1,000,000 worth of shares in General Systems Research Ltd.

[218] Finally, from at least 1982, the Crown had legal advice suggesting a more expansive interpretation of section 64. In that year, a legal opinion was provided by

fiduciaires révisent au moins une fois l'an la politique afin de s'assurer qu'elle est toujours appropriée et d'y apporter les changements nécessaires si elle ne l'est pas. Les fiduciaires surveillent continuellement les rendements de l'investissement des sommes d'argent du fonds fiduciaire et les révisent au moins une fois l'an.

[215] En approuvant l'acte de fiducie et la politique d'investissement s'y rapportant, la Couronne a consenti au transfert des sommes d'argent du compte en capital de Samson à un fiduciaire pour que celui-ci exerce toutes les fonctions d'investissement qu'elle soutient aujourd'hui ne pas être autorisée à exercer elle-même. La position de la Couronne est tout à fait incohérente. Il est illogique de faire valoir, d'une part, que l'alinéa 64(1)k) permet à la Couronne de consentir à ce que toutes les sommes d'argent du compte en capital de Samson soient transférées à un fiduciaire pour que celui-ci les investisse avec le consentement de la bande et, d'autre part, que cette même disposition de la *Loi sur les Indiens* ne permettrait pas au gouvernement lui-même d'investir lesdites sommes selon les mêmes conditions d'investissement avec le consentement de la bande.

[216] En tout état de cause, la Couronne n'a pas vivement recommandé au départ aux bandes de consentir, puisqu'elles estimaient que la Couronne ne pouvait faire d'investissement, à confier les sommes d'argent à un fiduciaire indépendant qui aurait des pouvoirs comparables à ceux qui ont été accordés plus tard dans le Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed. Cette recommandation aurait été compatible non seulement avec les obligations qui incombent à la Couronne à titre de fiduciaire, mais également avec les obligations fiduciaires générales dont elle est redevable envers les bandes autochtones.

[217] Par ailleurs, la Couronne a approuvé un certain nombre d'investissements en application de l'alinéa 64(1)k), dont l'achat, avec l'argent au compte en capital de Samson, d'actions de General Systems Research Ltd. d'une valeur de 1 000 000 \$, ce qui constitue une autre incongruité de sa part.

[218] Enfin, depuis l'année 1982 et peut-être avant, une interprétation plus large de l'article 64 avait été suggérée à la Couronne. Au cours de cette année-là,

Paul Ollivier, Q.C., Associate Deputy Minister of the Department of Justice, to R. J. Fournier of the Department of Indian Affairs and Northern Development. The full text of the opinion was set out in the reasons of my colleagues. Here I wish to focus on several important aspects. First, it states that there is “no common genus” between [then] paragraphs 64(a) to (j) which necessarily limits the generality of paragraph 64(k). It also says that the Minister need not under paragraph 64(k) obtain consent for each expenditure of capital moneys. Rather, the Minister is permitted to approve a class of expenditures such as an investment plan:

First of all, I see no reason why the Minister cannot approve a class of expenditure—or an investment plan—as being for the benefit of the band. Such a plan could include the type of proposed expenditures (corporate securities, real estate, government bonds, etc.), the proportion of moneys to be expended on each type, and other financial guidelines.

[219] Moreover, the Ollivier opinion states the Minister is permitted to delegate the day-to-day management of such a plan to an agent under his supervision, but that the Minister has the responsibility to review on a periodic basis the way in which the expenditure plan is being implemented. Lastly, the opinion suggests that if there is a dispute about the meaning of paragraph 64(k), the matter should be referred to the Federal Court.

[220] Paragraph 64(1)(k), then, authorizes the Minister to invest Indian moneys, but only with the consent of the bands. The legislative requirement that the Crown must first seek band consent before investing trust moneys only shows respect for the decision making of bands in regards to their moneys and gives them an important level of control over the actions of their trustee which most beneficiaries are not afforded. It also accords with the submissions of Aboriginal groups, including the Indian Association of Alberta, to the Special Joint Committee of the Senate and House of Commons appointed to review the *Indian Act* prior to the introduction to the 1951 amendments to the legislation.

Paul Ollivier, c.r., sous-ministre délégué du ministère de la Justice, a remis un avis juridique à R. J. Fournier, du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien. Le texte complet de l’avis a été reproduit dans les motifs du jugement de mes collègues. J’aimerais ici mettre l’accent sur plusieurs aspects importants. D’abord, il est mentionné dans cet avis qu’il n’y a entre les [anciens] alinéas 64(a) à (j) « aucune communauté de genre » ayant nécessairement pour effet de limiter la généralité du texte de l’alinéa k). Selon ce même avis, le ministre n’est pas tenu, en vertu de l’alinéa 64(k), d’obtenir le consentement relativement à chaque dépense des sommes d’argent du compte en capital. Il est plutôt autorisé à approuver une catégorie de dépenses comme un plan d’investissement :

[TRADUCTION] En premier lieu, je ne vois pas pourquoi le ministre ne pourrait pas approuver une catégorie de dépenses—ou un plan d’investissement—qu’il jugerait conforme à l’intérêt de la bande. Un tel plan pourrait indiquer les types de dépenses projetées (titres de sociétés, immeubles, obligations d’État, etc.), les sommes pouvant être consacrées à chaque type, et autres directives financières.

[219] De plus, M. Ollivier dit que le ministre est autorisé à déléguer la gestion quotidienne de ce plan à un mandataire qui agirait sous sa surveillance, mais qu’il est tenu de revoir à l’occasion la façon dont le plan de dépenses est mis en œuvre. En dernier lieu, il mentionne qu’en cas de différend au sujet du sens de l’alinéa 64(k), l’affaire devrait être portée devant la Cour fédérale.

[220] L’alinéa 64(1)(k) autorise donc le ministre à investir l’argent des Indiens, mais uniquement avec le consentement des bandes. L’exigence législative selon laquelle la Couronne doit d’abord obtenir le consentement de la bande en cause avant d’investir les sommes d’argent en fiducie constitue uniquement une forme de respect à l’endroit des décisions des bandes au sujet de leur argent et leur accorde un droit de regard important que la plupart des bénéficiaires ne possèdent pas en ce qui concerne la conduite de leur fiduciaire. Elle va également de pair avec les observations présentées par les groupes autochtones, y compris l’Indian Association of Alberta, au Comité mixte spécial du Sénat et de la Chambre des communes chargé de



[221] The concept of requiring a trustee to obtain the consent of a third person in order to make investments is not an unknown concept at common law. Although such a requirement can prove cumbersome and is perhaps not advisable, nevertheless it may exist at common law (Waters, at pages 958-959).

iii. Does the Crown have the power to invest without the consent of the Bands?

[222] Although paragraph 64(1)(k) gives the Crown the power to invest the trust moneys, the appellants claim that the Crown has the power, and indeed the duty, to invest the trust moneys without first obtaining the Bands' consent. I disagree.

[223] The appellants' primary position is that the royalty moneys are not "public money" within the definition in section 2 of the FAA and therefore they are not to be paid into the CRF in accordance with section 17. It follows, they say, that the Crown is able to invest the moneys as part of its common-law duties as trustee.

[224] The appellants' position is incorrect. The definition of "public money" encompasses the Bands' royalty moneys paid to the Crown in trust. The definition provides:

2. In this Act, . . .

"public money" means all money belonging to Canada received or collected by the Receiver General or any other public officer in his official capacity or any person authorized to receive or collect such money, and includes

- (a) duties and revenues of Canada,
- (b) money borrowed by Canada or received through the issue or sale of securities,
- (c) money received or collected for or on behalf of Canada, and

réviser la *Loi des Indiens* avant l'adoption des modifications apportées à celle-ci en 1951.

[221] L'idée d'obliger le fiduciaire à obtenir le consentement d'une tierce personne avant de faire des investissements n'est pas un concept inconnu en common law. Même si cette exigence s'avère parfois d'application difficile et qu'elle n'est peut-être pas souhaitable, elle peut néanmoins exister en common law (Waters, aux pages 958 et 959).

iii. La Couronne a-t-elle le pouvoir d'investir sans le consentement des bandes?

[222] Bien que l'alinéa 64(1)(k) autorise la Couronne à investir les sommes d'argent en fiducie, les appelants soutiennent que la Couronne a le pouvoir et même l'obligation d'investir cet argent sans devoir d'abord obtenir le consentement des bandes. Je ne suis pas d'accord.

[223] Les appelants soutiennent d'abord que les redevances ne constituent pas des fonds publics au sens de l'article 2 de la LGFP et qu'il n'est donc pas nécessaire qu'elles soient versées au Trésor conformément à l'article 17. Il s'ensuit, disent-ils, que la Couronne peut investir les sommes d'argent dans le cadre des obligations que la common law lui impose en qualité de fiduciaire.

[224] La position des appelants est erronée. La définition de « fonds publics » englobe les redevances des bandes qui sont versées en fiducie à la Couronne. Voici le texte de cette définition :

2. Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

« fonds publics » Fonds appartenant au Canada, perçus ou reçus par le receveur général ou un autre fonctionnaire public agissant en sa qualité officielle ou toute autre personne autorisée à en percevoir ou recevoir. La présente définition vise notamment :

- a) les recettes de l'État;
- b) les emprunts effectués par le Canada ou les produits de l'émission ou de la vente de titres;
- c) les fonds perçus ou reçus pour le compte du Canada ou en son nom;

(d) all money that is paid to or received or collected by a public officer under or pursuant to any Act, trust, treaty, undertaking or contract, and is to be disbursed for a purpose specified in or pursuant to that Act, trust, treaty, undertaking or contract;

The trial Judge was correct to conclude that the phrase “and includes” expands the definition to not only include money beneficially belonging to Canada, but also money held by the Crown in trust.

[225] The appellants’ second position is that even if the royalty moneys are “public money” and must therefore be deposited in the CRF pursuant to section 17 of the FAA, they may be paid out of the CRF for the purpose of investment in accordance with subsection 21(1). Subsection 21(1) provides that moneys paid into the CRF for a special purpose may be paid out of the CRF for that purpose:

**21. (1)** Money referred to in paragraph (d) of the definition “public money” in section 2 that is received by or on behalf of Her Majesty for a special purpose and paid into the Consolidated Revenue Fund may be paid out of the Consolidated Revenue Fund for that purpose, subject to any statute applicable thereto.

The appellants maintain that because the moneys are paid into the CRF in trust for the Bands, they may be paid out of the CRF for the purpose of fulfilling the Crown’s trust duties, including investment. Thus there is no requirement, they claim, for the Crown to seek the Band’s consent before investing.

[226] Again, I cannot agree. While the royalty moneys may be the type of “special purpose” funds to which subsection 21(1) refers, that provision states specifically that the payment of such funds out of the CRF is to be “subject to any statute applicable thereto.” The applicable statute is the *Indian Act* and in section 64, the *Indian Act* outlines the two conditions that must be met before capital moneys are to be paid out of the CRF: (1) the expenditure must fall within one of the listed categories or otherwise be for the benefit of the band; and (2) the consent of the council of the band

d) les fonds perçus ou reçus par un fonctionnaire public sous le régime d’un traité, d’une loi, d’une fiducie, d’un contrat ou d’un engagement et affectés à une fin particulière précisée dans l’acte en question ou conformément à celui-ci.

Le juge de première instance a eu raison de conclure que les mots « vise notamment » ont pour effet d’élargir la portée de la définition de façon que celle-ci vise non seulement les sommes d’argent appartenant au Canada à titre de bénéficiaire, mais également les sommes d’argent que la Couronne détient en fiducie.

[225] Selon l’argument subsidiaire des appelants, même si les redevances constituent des fonds publics et qu’elles doivent donc être déposées au Trésor conformément à l’article 17 de la LGFP, elles peuvent être prélevées sur le Trésor à des fins d’investissement conformément au paragraphe 21(1), lequel prévoit que les sommes d’argent versées au Trésor à des fins particulières peuvent être prélevées à ces fins sur le Trésor :

**21. (1)** Les fonds visés à l’alinéa d) de la définition de « fonds publics » à l’article 2 et qui sont reçus par Sa Majesté, ou en son nom, à des fins particulières et versés au Trésor peuvent être prélevés à ces fins sur le Trésor sous réserve des lois applicables.

Les appelants font valoir que, étant donné que les fonds sont versés au Trésor en fiducie pour les bandes, ils peuvent être prélevés sur le Trésor pour l’exécution des tâches de la Couronne qui sont liées à la fiducie, y compris l’investissement. Il n’est donc pas nécessaire, selon eux, que la Couronne obtienne le consentement des bandes avant d’investir.

[226] Encore là, je ne puis souscrire à cet argument. Même si les redevances peuvent être le type de fonds reçus « à des fins particulières » dont il est fait mention au paragraphe 21(1), cette dernière disposition précise que lesdits montants peuvent être prélevés sur le Trésor « sous réserve des lois applicables ». La loi applicable est la *Loi sur les Indiens*, dont l’article 64 énonce les deux conditions qui doivent être remplies avant que des sommes d’argent du compte en capital soient prélevées sur le Trésor : 1) la dépense doit appartenir à l’une des catégories énumérées ou être par ailleurs à l’avantage de

must be obtained. Without band consent in accordance with subsection 64(1) of the *Indian Act*, the Minister is not permitted to remove money from the CRF through subsection 21(1) of the FAA. The general provision in the FAA, section 21, cannot overrule section 64 of the *Indian Act*, which deals specifically with Indian capital moneys.

[227] Samson, but not Ermineskin, argues further that section 18 of the FAA, now repealed [S.C. 1999, c. 26, s. 20], authorized the Crown to invest the trust moneys. Section 18 read:

**18. (1)** In this section, “securities” means securities of or guaranteed by Canada and includes any other securities described in the definition of “securities” in section 2.

(2) The Minister may, when he deems it advisable for the sound and efficient management of public money or the public debt, purchase, acquire and hold securities and pay therefor out of the Consolidated Revenue Fund.

(3) The Minister may sell any securities purchased, acquired or held pursuant to subsection (2), and the proceeds of the sales shall be deposited to the credit of the Receiver General.

(4) Any net profit resulting in any fiscal year from the purchase, holding or sale of securities pursuant to this section shall be credited to the revenues of that fiscal year, and any net loss resulting in any fiscal year from that purchase, holding or sale shall be charged to an appropriation provided by Parliament for the purpose.

(5) For the purposes of subsection (4), the net profit or loss in any fiscal year shall be determined by taking into account realized profits and losses on securities sold or loaned, the amortization applicable to the fiscal year of premiums and discounts on securities, and interest applicable to the fiscal year.

[228] I do not agree with *Samson*. It is clear section 18 was not intended to refer to funds not beneficially belonging to Canada. As the trial Judge held, “[e]ven a cursory reading of this section reveals that it simply cannot be applied to Indian moneys. If Indian moneys were invested pursuant to this section, then the Crown would gain or lose, not the plaintiffs.” (*Samson*, at

la bande; et 2) le consentement du conseil de la bande doit être obtenu. S’il n’a pas obtenu le consentement de la bande conformément au paragraphe 64(1) de la *Loi sur les Indiens*, le ministre n’est pas autorisé à prélever des sommes d’argent sur le Trésor en invoquant le paragraphe 21(1) de la LGFP. L’article 21 de la LGFP est une disposition générale qui ne peut l’emporter sur l’article 64 de la *Loi sur les Indiens*, lequel porte explicitement sur l’argent au compte en capital des Indiens.

[227] Samson, mais non Ermineskin, fait également valoir que l’article 18 de la LGFP, qui est maintenant abrogé [L.C. 1999, ch. 26, art. 20], autorisait la Couronne à investir les sommes d’argent en fiducie. Cette disposition se lit comme suit :

**18. (1)** Au présent article, « valeurs » s’entend des titres émis ou garantis par le Canada, ainsi que de ceux qui sont mentionnés dans la définition de « valeurs » à l’article 2.

(2) Le ministre peut, lorsqu’il le juge opportun pour la bonne gestion des fonds publics ou de la dette publique, acheter, acquérir et détenir des valeurs et les payer sur le Trésor.

(3) Le ministre peut vendre les valeurs ainsi achetées, acquises ou détenues; le produit de la vente est déposé au crédit du receveur général.

(4) Au cours d’un exercice, les bénéfices nets qui résultent de l’achat, de la détention ou de la vente de valeurs sous le régime du présent article sont ajoutés aux recettes de cet exercice; les pertes nettes, durant la même période, qui résultent des mêmes opérations sont imputées à un crédit voté par le Parlement à cette fin.

(5) Pour l’application du paragraphe (4), il est tenu compte, dans le calcul des bénéfices ou pertes résultant de la vente ou du prêt de valeurs, ainsi que de l’amortissement concernant les primes et escomptes sur les valeurs et de l’intérêt applicables à l’exercice.

[228] Je ne partage pas l’avis de *Samson*. Il est évident que l’article 18 n’était pas destiné à s’appliquer aux sommes d’argent n’appartenant pas au Canada à titre de bénéficiaire. Comme l’a conclu le juge de première instance, « [u]ne lecture même superficielle de cette disposition montre qu’elle ne saurait tout simplement s’appliquer à l’argent des Indiens. Si l’argent des

paragraph 689.)

Indiens était investi conformément à cette disposition, alors c'est la Couronne qui réaliserait des gains ou des pertes, non les demandeurs » (*Samson*, au paragraphe 689).

iv. What is the scope of the Crown's duty to invest?

iv. Quelle est la portée de l'obligation d'investir de la Couronne?

[229] Having established that the Crown has retained both the power and duty to invest when acting as trustee for the royalty moneys, the scope of that duty to invest must now be explained.

[229] Une fois qu'il est établi que la Couronne a conservé le pouvoir et l'obligation d'investir lorsqu'elle agit en qualité de fiduciaire des redevances, il faut maintenant expliquer la portée de cette obligation.

[230] The starting point for assessing the scope of the Crown's duty to invest in the present case is the standard of prudence for assessing the conduct of a trustee set out in *Fales*. In *Blueberry*, the Supreme Court of Canada considered whether the Crown had breached its fiduciary duty to an Indian band when it failed to reserve the mineral rights, which later became very valuable, from a transfer of band lands to the Director, The Veterans' Land Act. At paragraph 104, McLachlin J. (as she then was) adopted the common-law standard as set out in the *Fales* case as setting out the test against which to measure the Crown's conduct as a fiduciary:

[230] Le point de départ pour déterminer la portée de l'obligation d'investir qui incombe à la Couronne en l'espèce est la norme de prudence énoncée dans *Fales* au sujet de l'évaluation de la conduite du fiduciaire. Dans *Blueberry*, la Cour suprême du Canada s'est demandé si la Couronne avait commis un manquement à l'obligation fiduciaire dont elle était redevable envers une bande indienne en omettant de réserver les droits miniers, qui ont acquis une grande valeur par la suite, lors du transfert des terres de la bande indienne au directeur de la Loi sur les terres destinées aux anciens combattants. Au paragraphe 104, la juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef de la Cour suprême du Canada), a adopté la norme de common law énoncée dans l'arrêt *Fales* comme norme énonçant le critère à appliquer pour évaluer la conduite de la Couronne à titre de fiduciaire :

The matter comes down to this. The duty on the Crown as fiduciary was "that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs": *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. A reasonable person does not inadvertently give away a potentially valuable asset which has already demonstrated earning potential. Nor does a reasonable person give away for no consideration what it will cost him nothing to keep and which may one day possess value, however remote the possibility. The Crown managing its own affairs reserved out its minerals. It should have done the same for the Band.

Voilà à quoi se résume la question. En tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence « qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires » : *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, à la p. 315. Une personne raisonnable ne se départit pas par inadvertance d'un bien qui peut avoir de la valeur et dont la capacité de produire un revenu a déjà été démontrée. Une personne raisonnable ne se départit pas non plus, sans contrepartie, d'un bien qui ne lui coûte rien à conserver et qui, aussi mince que cette possibilité puisse être, pourrait un jour avoir de la valeur. Dans la gestion de ses propres affaires, la Couronne réservait ses droits miniers. Elle aurait dû faire de même pour la bande.

[231] In *Wewaykum Indian Band v. Canada*, [2002] 4 S.C.R. 245, the Supreme Court of Canada was charged with explaining the extent of the fiduciary duty applicable to the Crown at the point of reserve creation.

[231] Dans l'arrêt *Bande indienne Wewaykum c. Canada*, [2002] 4 R.C.S. 245, la Cour suprême du Canada devait expliquer l'étendue de l'obligation fiduciaire applicable à la Couronne lors de la création

Binnie J., at paragraph 94, cited the paragraph quoted above from McLachlin J.'s reasons in *Blueberry* as establishing the appropriate standard.

[232] In order to meet this standard of prudence, a trustee is obliged to perform a number of actions, including assessing the circumstances of the fund and the beneficiaries to ascertain the appropriate investments, building a diversified portfolio where appropriate, monitoring the investments periodically, seeking expert advice before making investments and maintaining an even hand between successive beneficiaries. Ultimately, the trustee is obliged to obtain the best return possible consistent with sound investment practices. This concept was stated in by Megarry V.C. in *Cowan and others v Scargill and others*, [1984] 2 All E.R. 750 (Ch.), at page 760 (*Cowan*) as follows:

In the case of a power of investment, as in the present case, the power must be exercised so as to yield the best return for the beneficiaries, judged in relation to the risks of the investments in question; and the prospects of the yield of income and capital appreciation both have to be considered in judging the return from the investment.

(See also Ontario Law Reform Commission, *Report on the Law of Trusts*, 1984; *Cheyenne-Arapaho Tribes of Indians v. United States*, 512 F.2d 1390 (Ct. Cl. 1975), at page 1394 (*Cheyenne-Arapaho*.)

[233] In order to fully understand the Crown's obligations, it is necessary to review in greater detail the sound investment practices that are to be taken by any trustee with the obligation to invest.

[234] The duty to consider the circumstances of the fund when selecting investments: The first practice to be followed by the prudent trustee seeking to invest the trust assets is to consider the circumstances of the fund. Experts called by both the appellants and respondents agreed that the circumstances requiring consideration include the nature of the funds, time horizon and cash flow patterns; the interests and needs of the beneficiary;

des réserves. Au paragraphe 94, le juge Binnie a cité comme texte énonçant la norme applicable le paragraphe reproduit plus haut des motifs du jugement que la juge McLachlin a rédigés dans *Blueberry*.

[232] Pour se conformer à cette norme de prudence, le fiduciaire est tenu de prendre un certain nombre de mesures, notamment évaluer les circonstances inhérentes au fonds et les bénéficiaires afin de déterminer les investissements qui conviennent, construire un portefeuille diversifié dans les cas opportuns, surveiller régulièrement les investissements, consulter des spécialistes avant de faire des investissements et agir de manière impartiale entre les bénéficiaires successifs. En bout de ligne, le fiduciaire est tenu d'obtenir le meilleur rendement possible, eu égard à des pratiques d'investissement judicieuses. Dans *Cowan and others v Scargill and others*, [1984] 2 All E.R. 750 (Ch.), à la page 760 (*Cowan*), le vice-chancelier Megarry explique ce concept en ces termes :

[TRADUCTION] Dans le cas d'un pouvoir d'investissement semblable à celui qui est examiné en l'espèce, le pouvoir doit être exercé de façon à générer le meilleur rendement possible pour les bénéficiaires, eu égard au risque lié aux investissements en question; pour évaluer le rendement de l'investissement, il faut examiner les possibilités de celui-ci tant en ce qui concerne le revenu que l'accroissement du capital.

(Voir également Commission de réforme du droit de l'Ontario, *Report on the Law of Trusts*, 1984; *Cheyenne-Arapaho Tribes of Indians v. United States*, 512 F.2d 1390 (Ct. Cl. 1975), à la page 1394 (*Cheyenne-Arapaho*.)

[233] Pour bien comprendre les obligations de la Couronne, il est nécessaire d'examiner de façon plus approfondie les pratiques d'investissement judicieuses que doit suivre le fiduciaire ayant l'obligation d'investir.

[234] L'obligation de tenir compte des circonstances inhérentes au fonds au moment de choisir les investissements : La première obligation qui incombe au fiduciaire prudent qui s'appête à investir l'actif d'une fiducie consiste à tenir compte des circonstances inhérentes au fonds. Les experts qui ont témoigné tant pour les appelants que pour les intimés ont convenu que les circonstances en question comprennent la nature des

the risk tolerance of the fund; and the expected risk and returns from various investment policies. As is noted in the *Restatement of the Law Third, Trusts: Prudent Investor Rule*: (St. Paul: American Law Institute Publishers, 1992), at §227, pages 14-15,

The trustee must give reasonably careful consideration to both the formulation and the implementation of an appropriate investment strategy, with investments to be selected and reviewed in a manner reasonably appropriate to that strategy. Ordinarily this involves obtaining relevant information about such matters as the circumstances and requirements of the trust and its beneficiaries, the contents and resources of the trust estate, and the nature and characteristics of available investment alternatives.

In order to fulfil this obligation, the trustee must consult with the beneficiary to understand its risk tolerance, income needs and expenditure plans.

[235] The duty to take appropriate advice where necessary: The standard of prudence requires the trustee to seek expert advice in making investments. In *Cowan*, at page 762, the Court held that the duty to act prudently “includes the duty to seek advice on matters which the trustee does not understand, such as the making of investments, and on receiving such advice to act with the same degree of prudence.” This important principle was also well stated in *Miller Estate (Re)* (1987), 26 E.T.R. 188 (Ont. Surr. Ct.), at page 191, where the Court held:

Investment is no longer a choice between government bonds and blue chip stocks. It requires assessment of many rapidly changing factors in political, economic and financial areas, which in turn requires the assimilation of large amounts of detailed information. The ordinary prudent person in the conduct of his or her own investment affairs turns now as a matter of course to investment counsellors and advisers. . . .

[236] Even the Crown’s expert witness, Keith Ambachtsheer, recognized the importance of seeking

fonds, l’horizon temporel et l’évolution du flux de trésorerie, les intérêts et besoins du bénéficiaire, la tolérance au risque du fonds ainsi que le risque et les rendements prévus de différentes politiques d’investissement. Tel qu’il est souligné dans l’ouvrage *Restatement of the Law Third, Trusts : Prudent Investor Rule* (St. Paul : American Law Institute Publishers, 1992), aux pages 14 et 15 (section 227) :

[TRADUCTION] Le fiduciaire doit s’efforcer dans la mesure du possible de formuler et de mettre en œuvre une stratégie d’investissement appropriée en choisissant et en révisant les investissements d’une manière qui convient raisonnablement à cette stratégie. À cette fin, il doit habituellement obtenir des renseignements pertinents au sujet, notamment, des circonstances et exigences inhérentes à la fiducie et à ses bénéficiaires, du contenu et des ressources de l’actif de la fiducie ainsi que de la nature et des caractéristiques des différentes possibilités d’investissement qui existent.

Afin de s’acquitter de cette obligation, le fiduciaire doit consulter le bénéficiaire pour comprendre la tolérance au risque, les besoins en revenu et les plans de dépense de celui-ci.

[235] L’obligation de faire les consultations nécessaires : La norme de prudence exige du fiduciaire qu’il consulte des experts au moment de faire des investissements. Dans *Cowan*, à la page 762, la Cour a décidé que l’obligation d’agir prudemment [TRADUCTION] « comprend l’obligation de demander des conseils sur les questions que le fiduciaire ne comprend pas, notamment sur les investissements à faire, et d’agir avec le même degré de prudence lorsqu’il reçoit ces conseils ». Ce principe important a également été bien formulé dans *Miller Estate (Re)* (1987), 26 E.T.R. 188 (Cour des successions de l’Ontario), à la page 191, où la Cour a tiré la conclusion suivante :

[TRADUCTION] Le placement n’est plus un choix entre des obligations gouvernementales et des actions de premier ordre. Il exige l’évaluation de nombreux facteurs changeant rapidement dans les domaines politique, économique et financier, ce qui nécessite l’assimilation de quantités importantes de renseignements détaillés. La personne généralement prudente dans la conduite de ses propres affaires en matière d’investissement s’adresse maintenant naturellement à des conseillers en placement [ . . . ]

[236] Même un des témoins experts de la Couronne, Keith Ambachtsheer, a reconnu l’importance de

expert advice in his book, *Pension Fund Excellence: Creating Value for Stakeholders*, N.Y.: Wiley, 1998, at page 35:

... the fiduciary must be assumed to be knowledgeable. In particular, when advice from an expert is available, prudent trustees will avail themselves of this advice. In this sense, there is no excuse for failing to get expert input before decisions are made. Hence the standard is usually called the “prudent expert” standard.

[237] The duty to maintain an even hand between successive beneficiaries: When the trust has successive beneficiaries, the standard of prudence requires that the investments generate sufficient income for the income beneficiary and that the investments do not favour the capital beneficiary by preserving the capital at the expense of income. (See, e.g. *Nestle v. National Westminster Bank Plc*, [1992] EWCA Civ 12 (C.A.); *Carley Estate (Re)* (1994), 2 E.T.R. (2d) 142 (Ont. Gen. Div.); *Long Plain First Nation Trust (Trustee of) v. Long Plain Indian Band* (2002), 162 Man. R. (2d) 166 (Q.B.).)

[238] The duty to diversify trust assets where appropriate: In many cases, the prudent approach will be for the trustee to diversify the portfolio of investments held by the trust. This principle was endorsed in *Carley Estate (Re)*, at page 157, where the Court adopted the following passage from Waters: “All capital is now at risk, and the task of the trustee is to keep his portfolio reasonably balanced between investments so as to maintain and, if possible, expand the capital value of the trust funds.”

[239] The duty to periodically monitor the trust portfolio in light of market conditions: Finally, the prudent trustee must monitor the performance of the investments she has made. This obligation was described in *Cheyenne-Arapaho*, at page 1394, where the Court held that a corollary duty of the duty to prudently invest trust funds “is the responsibility to keep informed so that when a previously proper investment becomes improper, perhaps because of the opportunity for better (and equally safe) investment elsewhere, funds can be reinvested.” Dickson J. in *Fales*, at page 317

rechercher l’avis de spécialistes dans son ouvrage intitulé *Pension Fund Excellence : Creating Value for Stakeholders*, N.Y. : Wiley, 1998, à la page 35 :

[TRADUCTION] [...] on doit présumer que le fiduciaire est bien renseigné. Plus précisément, le fiduciaire prudent consultera un expert lorsqu’il est possible de le faire. En ce sens, le fiduciaire n’a aucune excuse lorsqu’il omet d’obtenir l’avis d’un expert avant de prendre des décisions. C’est pourquoi la norme est habituellement appelée norme « de l’expert prudent ».

[237] L’obligation d’agir de manière équitable entre les bénéficiaires successifs : Lorsque la fiducie comporte des bénéficiaires successifs, la norme de prudence exige que les investissements génèrent un revenu suffisant pour le bénéficiaire du revenu et que le fiduciaire ne cherche pas à favoriser le bénéficiaire du capital en préservant celui-ci aux dépens du revenu (voir, par exemple, *Nestle v. National Westminster Bank Plc*, [1992] EWCA Civ. 12 (C.A.); *Re Carley Estate (Re)* (1994), 2 E.T.R. (2d) 142 (Div. gén. Ont.); *Long Plain First Nation Trust (Trustee of) v. Long Plain Indian Band* (2002), 162 Man. R. (2d) 166 (B.R.).)

[238] L’obligation de diversifier les actifs de la fiducie dans les cas opportuns : Dans bien des cas, le fiduciaire prudent doit diversifier le portefeuille des investissements détenus par la fiducie. Ce principe a été appuyé dans *Carley Estate (Re)*, à la page 157, où la Cour a adopté l’extrait suivant de l’ouvrage de Waters : [TRADUCTION] « Tout investissement de capital est désormais risqué et la tâche du fiduciaire consiste à conserver un portefeuille raisonnablement équilibré de manière à préserver et, si possible, à accroître la valeur en capital des fonds de la fiducie ».

[239] L’obligation de surveiller périodiquement le portefeuille de la fiducie à la lumière des conditions du marché : Enfin, le fiduciaire prudent doit surveiller le rendement des investissements qu’il a faits. Cette obligation a été décrite dans *Cheyenne-Arapaho*, à la page 1394, où la Cour a décidé que le devoir d’investir de façon prudente les fonds de la fiducie [TRADUCTION] « est assorti de l’obligation pour le fiduciaire de se tenir au courant de façon que, lorsqu’un investissement précédemment approprié ne l’est plus, peut-être en raison de la possibilité de faire un meilleur placement

likewise identified this duty to monitor: “A trustee must also be alert to changes in the fortunes of the companies represented in the portfolio of the trust estate.”

[240] High-ranking Crown officials were aware of the Crown’s duty to carry out these sound investment practices and in doing so, to strive to attain the best return possible consistent with these practices. For example, in a news release from November 1969, then Minister of Indian Affairs, Jean Chrétien, was quoted as saying, “my Department is acting as trustee for the Indian people of Canada, it has a duty to obtain as high a rate of interest as possible consistent with sound investment practices.” Likewise, at trial, Crown witness and former Associate Deputy Minister of Indian Affairs, Dennis Wallace, testified that the Crown took the position that as trustee, it was to obtain a rate of return consistent with sound investment practices for the bands. Finally, by letter on May 16, 1973, P. B. Lesaux, Director of the Indian-Eskimo Economic Development Branch, wrote, “In many instances, Bands accumulate significant sums of money in Band accounts. We must surely view it as part of our trust responsibility to effect optimum return on these funds, while at the same time, minimize the risk factor.”

[241] Unlike an ordinary trustee, however, the Crown has an obligation to seek the consent of First Nations for whom it holds money in trust before investing. Although consent may be sought with respect to individual investments, it is unlikely that the standard of prudence can be met without attempting to implement an investment plan. When the Crown assesses the circumstances of the fund, obtains expert advice, determines the appropriate balance between present and future beneficiaries and considers diversification, these practices will be directed not to the immediate purchase

(tout aussi sûr) ailleurs, les fonds puissent être réinvestis ». Dans l’arrêt *Fales*, à la page 317, le juge Dickson a également reconnu cette obligation de surveillance : « un fiduciaire soit également se montrer attentif aux fortunes changeantes des compagnies représentées dans le portefeuille de la succession qui lui a été confiée ».

[240] Les hauts fonctionnaires de la Couronne étaient conscients de l’obligation de celle-ci de suivre ces pratiques d’investissement judicieuses et, ce faisant, de chercher à atteindre le meilleur rendement possible qui soit compatible avec ces pratiques. Ainsi, en novembre 1969, le ministre des Affaires indiennes de l’époque, Jean Chrétien, aurait formulé les propos suivants dans un communiqué de presse : « étant donné que le Ministère doit jouer le rôle de fidéicommissaire de la collectivité indienne du Canada, il était de notre devoir d’obtenir le meilleur taux possible, compte tenu des méthodes d’investissement les plus saines ». Dans la même veine, Dennis Wallace, témoin de la Couronne et ex-sous-ministre associé des Affaires indiennes, a dit à l’instruction que la Couronne estimait qu’à titre de fiduciaire, elle devait obtenir un taux de rendement compatible avec des pratiques d’investissement judicieuses pour les bandes. Enfin, dans une lettre du 16 mai 1973, P. B. Lesaux, directeur de la Direction du progrès économique des Indiens et des Esquimaux, a écrit ce qui suit : [TRADUCTION] « Dans bien des cas, les bandes accumulent des sommes d’argent élevées dans leurs comptes. Nous devons certainement reconnaître qu’il nous incombe d’assurer un rendement optimal de ces fonds, tout en minimisant le facteur de risque s’y rapportant ».

[241] Cependant, contrairement à un fiduciaire ordinaire, la Couronne est tenue d’obtenir le consentement des Premières nations au nom desquelles elle détient des sommes d’argent en fiducie avant d’investir celles-ci. Bien que le consentement puisse être demandé relativement à des investissements individuels, il est peu probable que la Couronne puisse se conformer à la norme de prudence sans tenter de mettre en œuvre un plan d’investissement. Lorsque la Couronne évalue les circonstances inhérentes au fonds, qu’elle obtient des conseils d’expert, qu’elle détermine l’équilibre appro-



of investments, but to the creation of an investment plan that will be put to the bands for their approval. Such investment plans must be produced for approval by the bands on a continuing basis, with plans being proposed at least once per year, and might resemble the Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed and accompanying statement of investment policies and procedures which the Crown approved in the order of the trial Judge on October 17, 2005. Once a plan is implemented, the Crown must then monitor the performance of the investments and, if any necessary changes are outside the scope of the initial investment plan, it must seek the consent of the bands before such changes are made.

[242] In proposing investments to the bands, the Crown must do more than present an investment plan. It must explain to the bands the benefits and risks involved with investment, and it must describe the financial consequences of a bands' decision not to approve the plan. In effect, the Crown must explain its own reasoning in establishing and recommending the investment plan to the bands so that they can make an informed decision about whether or not it is appropriate for them.

#### IV. Did the Crown Breach Its Duties?

[243] I now come to the important question of whether the Crown breached these duties when handling the appellants' royalty moneys. To answer this question, it will first be necessary to explain in greater detail the Crown's approach to managing the royalty moneys it collected in trust and to then compare the Crown's conduct to that expected of a trustee. As the discussion that follows will illustrate, the Crown's conduct in this case fell short of satisfying its duties as trustee.

prié entre les bénéficiaires actuels et futurs et qu'elle tient compte de la diversification, elle le fait non pas aux fins de l'achat immédiat de placements, mais plutôt dans le cadre de la création d'un plan d'investissement qui sera soumis à l'approbation des bandes. Un plan de cette nature doit être produit et soumis à cette approbation de manière continue, de façon qu'un plan soit proposé au moins une fois l'an, lequel plan pourrait ressembler au Kisoniyaminaw Heritage Trust Deed et à l'énoncé des politiques et procédures d'investissement joint à cet acte de fiducie que la Couronne a approuvé dans l'ordonnance que le juge de première instance a rendue le 17 octobre 2005. Une fois qu'un plan est mis en œuvre, la Couronne doit ensuite surveiller le rendement des placements et, si les changements nécessaires débordent le cadre du plan d'investissement initial, elle doit obtenir le consentement des bandes avant d'apporter ces changements.

[242] Lorsqu'elle propose des investissements aux bandes, la Couronne doit faire davantage que présenter un plan d'investissement. Elle doit expliquer aux bandes les avantages et les risques liés à l'investissement et décrire les conséquences financières pouvant découler de la décision de la bande de ne pas approuver le plan. En fait, la Couronne doit expliquer le raisonnement qu'elle a elle-même suivi pour établir le plan d'investissement et le recommander aux bandes afin que celles-ci puissent décider en toute connaissance de cause s'il est approprié ou non pour elles.

#### IV. La Couronne a-t-elle commis un manquement à ses obligations?

[243] J'en arrive maintenant à l'importante question de savoir si la Couronne a commis un manquement aux obligations susmentionnées au cours du traitement des redevances des appelants. Pour répondre à cette question, il faut d'abord expliquer de façon plus détaillée l'approche de la Couronne au sujet de la gestion des redevances qu'elle percevait en fiducie et comparer sa conduite à celle qui est attendue d'un fiduciaire. Comme l'illustreront les commentaires qui suivent, la conduite de la Couronne en l'espèce n'était pas conforme aux obligations qui lui incombaient en qualité de fiduciaire.

a. The Nature and Size of the Funds

[244] Because the royalty moneys received from the Samson and Pigeon Lake Reserves are derived from a non-renewable resource, they are treated as capital moneys by the Crown and accordingly kept in capital accounts. Prior to the transfer of the entirety of Samson's trust moneys to it, each Band had a capital account in its name. In addition, the Crown maintained a separate Pigeon Lake Capital Account and credited to it royalties received from production from the Pigeon Lake Reserve. The amounts in that account were distributed annually to the Samson and Ermineskin Capital Accounts in proportion to each Bands' entitlement. Interest paid on the moneys is treated as revenue and accordingly recorded in revenue accounts. This case concerns only the moneys that have been retained in the capital accounts.

[245] When analysing the appropriateness of the Crown's conduct in executing its trust duties, it is important to bear in mind that the sums held by the Crown on behalf of Samson and Ermineskin were large and they were held by the Crown on a long-term basis.

[246] The balances in each of Samson and Ermineskin's capital accounts have grown substantially since at least 1969. At year-end in 1969, Samson held \$1,513,957; Ermineskin held \$1,182,745. By year-end, 1982, Samson held over \$100 million in its account, a milestone achieved by Ermineskin two years later. Both Bands reached their highest year-end balances in 1997, with Samson holding \$414,412,667 and Ermineskin holding \$219,879,147. At all material times, therefore, the Crown was responsible for considerable sums of money.

[247] These statistics also illustrate the long-term nature of these funds, as do additional calculations provided by the experts. For example, depending upon whether a "first in first out or a last in first out" analysis is used, the balance in Ermineskin's capital account as

a. La nature et la taille des fonds

[244] Étant donné que les redevances provenant de la réserve Samson et de la réserve du lac Pigeon découlent d'une ressource non renouvelable, la Couronne les considère comme des sommes d'argent du compte en capital et les tient donc dans des comptes de cette nature. Avant que la totalité des sommes en fiducie de Samson soit transférée à celle-ci, chaque bande avait un compte en capital à son nom. De plus, la Couronne tenait un compte en capital du lac Pigeon distinct et portait au crédit de ce compte les redevances provenant de la production de la réserve du lac Pigeon. Les montants détenus dans ce compte étaient répartis chaque année entre les comptes de capital de Samson et d'Ermineskin en fonction des droits de chaque bande. L'intérêt versé sur les sommes d'argent est considéré comme un revenu et est donc comptabilisé dans les comptes de revenu. La présente affaire concerne uniquement les sommes d'argent qui ont été conservées dans les comptes en capital.

[245] Au moment d'analyser la conduite de la Couronne dans l'exercice de ses fonctions fiduciaires, il importe de se rappeler que les montants qu'elle détenait au nom de Samson et d'Ermineskin étaient des montants élevés détenus à long terme.

[246] Les soldes de chacun des comptes en capital de Samson et d'Ermineskin ont augmenté de façon importante depuis au moins 1969. À la fin de cette année-là, Samson détenait 1 513 957 \$ et Ermineskin, 1 182 745 \$. À la fin de 1982, Samson détenait plus de 100 000 000 \$ dans son compte, étape qu'Ermineskin a atteinte deux ans plus tard. C'est en 1997 que les soldes de fin d'année des comptes en capital des deux bandes ont atteint leurs plus hauts niveaux, Samson détenant cette année-là une somme de 414 412 667 \$ et Ermineskin, de 219 879 147 \$. La Couronne était donc responsable, à tout moment pertinent, de sommes d'argent faramineuses.

[247] Ces statistiques illustrent également, tout comme d'autres calculs fournis par les experts, la nature à long terme de ces fonds. Ainsi, selon que l'analyse est fondée sur la méthode du premier entré premier sorti ou du dernier entré premier sorti, le solde du compte en

of December 31, 1999 had been owing for either 11.8 or 16.4 years, both of which are considered “long term” by financial analysts. In Samson’s case, using the “last in first out” method, the length of time the December 31, 1999 balance had been owing was 17.4 years.

**b. The Crown’s Approach to Handling Indian moneys**

[248] The Crown’s approach to handling the royalty moneys it collects on behalf of the bands involves paying the funds into the CRF and paying a rate of interest on them in accordance with the Order in Council passed pursuant to subsection 61(2) of the *Indian Act* (the “Indian moneys methodology”). As has already been established, the royalty moneys are “public money” within the definition in section 2 of the FAA and therefore in accordance with section 17 of that Act, they are to be deposited in the CRF upon receipt. The Crown has authorized a variety of withdrawals from both Bands’ capital accounts for such purposes as per capita distributions to Band members and the building of infrastructure on reserves. The moneys not withdrawn by the Bands have remained in the CRF and are accounted for in each Band’s capital account.

[249] From the time of the surrender until March 31, 1969, the Crown paid a consistent 5% interest on the Indian moneys held in the CRF. Effective April 1, 1969, a new method of calculating interest was developed according to a formula contained in a new Order in Council (P.C. 1969-1934). A second Order in Council was issued in 1981 (P.C. 1981-3/255), which followed essentially the same method of calculating interest as the 1969 Order in Council but modified how interest was credited, changed which balances would be used and used quarterly as opposed to monthly averages of market yields of Government of Canada bond issues as the basis for calculation. The formula set out in the 1981 Order in Council has not changed since that time. It effectively provides for a short-term rate of interest because it is subject to change every 90 days. Further, the formula applies to all Indian moneys, no matter what their size or the length of time they are to be held in trust by the Crown.

capital d’Ermineskin au 31 décembre 1999 était dû depuis 11,8 ans ou 16,4 ans, ce que les analystes financiers considèrent dans les deux cas comme une détention « à long terme ». En ce qui concerne Samson, d’après la méthode du dernier entré premier sorti, le solde au 31 décembre 1999 était dû depuis 17,4 ans.

**b. L’approche de la Couronne au sujet du traitement de l’argent des Indiens**

[248] L’approche de la Couronne en ce qui concerne le traitement des redevances qu’elle perçoit pour le compte des bandes consiste à verser les fonds au Trésor et à payer de l’intérêt sur ces montants conformément au décret pris en application du paragraphe 61(2) de la *Loi sur les Indiens* (le régime appliqué à l’argent des Indiens). Tel qu’il a déjà été établi, les redevances constituent des « fonds publics » au sens de l’article 2 de la LGFP et doivent donc être versées au Trésor sur réception, conformément à l’article 17 de cette Loi. La Couronne a autorisé différents retraits des comptes en capital des deux bandes, notamment à des fins de distribution individuelle aux membres de celles-ci et de construction d’infrastructures sur les réserves. L’argent que les bandes n’ont pas retiré est resté au Trésor et est comptabilisé dans le compte en capital de chaque bande.

[249] Depuis la cession jusqu’au 31 mars 1969, la Couronne a versé un taux d’intérêt constant de 5 p. 100 sur l’argent des Indiens détenu au Trésor. À compter du 1<sup>er</sup> avril 1969, une nouvelle méthode a été élaborée pour le calcul des intérêts conformément à une formule énoncée dans un nouveau décret (C.P. 1969-1934). Dans un décret subséquent qui a pris effet en 1981 (C.P. 1981-3/255), la méthode de calcul des intérêts est demeurée essentiellement la même que celle du décret de 1969, mais la façon de créditer les intérêts et les soldes à utiliser ont été modifiés; de plus, selon ce même décret, le calcul devait désormais être fondé sur la moyenne trimestrielle, plutôt que mensuelle, des rendements du marché des obligations du gouvernement du Canada. La formule énoncée dans le décret de 1981 n’a pas été modifiée depuis. Elle prévoit effectivement un taux d’intérêt à court terme, parce qu’il est susceptible d’être modifié tous les 90 jours. De plus, la formule s’applique à l’ensemble des sommes d’argent des Indiens, indépendamment de leur taille ou de la

période au cours de laquelle la Couronne doit les détenir en fiducie.

c. The Crown Breached Its Duty to Invest

[250] Having reviewed what approach the Crown took in handling Indian moneys, it is necessary to assess whether that approach fulfills the Crown's duties as trustee. As this Court stressed in *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3, at paragraph 45, "[a]s a fiduciary, the Crown must be held to a strict standard of conduct." On its face, it would appear that simply paying a rate of interest according to a formula that has remained unchanged for 26 years could not satisfy the Crown's duty to invest. As the following discussion will illustrate, a more thorough review of the evidence confirms that the Crown did not satisfy this duty.

[251] The evidence at trial reveals that the Crown made no attempt to set goals or objectives for the trust moneys, to seek expert advice about prudent investment strategies or to establish an investment plan to propose to the Bands. Moreover, it did not even, at least since 1981, monitor the appropriateness of the rate of interest paid on the royalty moneys under the Indian moneys methodology in light of prevailing market conditions.

[252] Consistent with the respondents' primary position in this case, the Crown officials responsible for handling Indian moneys did not engage in any active management of the funds. As Gregor MacIntosh, a Crown official responsible for expenditures of the funds, stated:

We do nothing regarding the management of the Indian monies when they are in the Consolidated Revenue Fund. That is the Consolidated Revenue Fund and it's managed by legislation.

[253] The Crown officials responsible for managing the funds in any event did not have the specialized

c. La Couronne a manqué à son obligation d'investir

[250] Après avoir examiné l'approche que la Couronne a suivie relativement au traitement de l'argent des Indiens, il faut maintenant se demander si cette approche est conforme aux obligations qui incombent à la Couronne en qualité de fiduciaire. Comme la Cour d'appel fédérale l'a souligné dans *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3, au paragraphe 45, « [e]n sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte ». À première vue, il semblerait que la Couronne ne pouvait se conformer à son obligation d'investir simplement en payant un taux d'intérêt conformément à une formule qui est demeurée inchangée pendant 26 ans. Comme les commentaires suivants l'illustrent, un examen plus approfondi de la preuve confirme que la Couronne ne s'est pas conformée à cette obligation.

[251] Il appert de la preuve que la Couronne n'a pas tenté de fixer des buts ou des objectifs à l'égard des sommes d'argent détenues en fiducie, de consulter des experts au sujet des stratégies d'investissement prudentes à appliquer ou de mettre sur pied un plan d'investissement à proposer aux bandes. De plus, elle ne s'est même pas demandé, du moins depuis 1981, si le taux d'intérêt versé sur les redevances selon le régime appliqué à l'argent des Indiens était approprié, eu égard aux conditions du marché.

[252] Les représentants de la Couronne qui étaient responsables du traitement de l'argent des Indiens n'ont pris aucune mesure de gestion active des fonds, ce qui cadre avec la principale position que les intimés ont fait valoir en l'espèce. Comme l'a expliqué Gregor MacIntosh, fonctionnaire responsable des dépenses des fonds :

[TRADUCTION] Nous ne prenons aucune mesure de gestion en ce qui concerne l'argent des Indiens détenu au Trésor. La gestion de cet argent est prévue par un texte législatif.

[253] En tout état de cause, les fonctionnaires responsables de la gestion des fonds ne possédaient pas

investment expertise required when managing large sums of money, nor did they attempt to obtain the relevant expertise by engaging outside advisors. Gregor MacIntosh confirmed that Department of Indian Affairs and Northern Development officials did not have the relevant expertise:

Q. But in any event, no one that you know of in the Government of Canada, presently, or in the past, has had any special training which would enable that person to hold himself out or herself out as having expertise in the investment of large sums of money or the management of large sums of money; is that so?

...

A. Currently, not that I know of.

Q. What about in the past, do you know of anybody in the past?

A. Not offhand, no.

[254] Mr. MacIntosh likewise confirmed that outside advisors had not been retained with a view to putting together an investment plan:

Q. MR. O'REILLY: Now, whether or not it has been possible to make any investments, Mr. MacIntosh, out of proceeds of oil and gas monies or debiting monies to the credit of the Samson, Ermineskin, Enoch bands, has the Department of Indian Affairs and Northern Development, since 1969, ever sought the advice of investment managers or taken other steps to invest monies for the credit of the Samson, Ermineskin and Enoch bands in securities?

A. Not to my knowledge, Mr. O'Reilly.

Q. There haven't been any investment plans formulated by the Department of Indian Affairs or the Department of Finance in respect of possible investments in securities for the benefit of Samson or Ermineskin or Enoch during the period even from 1951 until date [sic]?

A. Not to my knowledge. The only thing I'm thinking about is when we agreed to do the special legislation for the Ermineskin Band, but I don't think we had a detained [sic]

l'expertise en investissement qui est nécessaire pour la gestion de sommes d'argent importantes et ils n'ont pas tenté non plus d'obtenir les connaissances spécialisées pertinentes en retenant les services de conseillers de l'extérieur. Gregor MacIntosh a confirmé que les fonctionnaires du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien ne possédaient pas les connaissances spécialisées pertinentes :

[TRADUCTION]

Q. Mais en tout état de cause, aucune personne que vous connaissez et qui travaille ou a déjà travaillé au gouvernement du Canada n'a reçu une formation spéciale qui lui permettrait d'affirmer qu'elle possède des connaissances spécialisées en matière d'investissement ou de gestion de sommes d'argent élevées, n'est-ce pas?

[. . .]

R. À l'heure actuelle, aucune personne que je connais.

Q. Et dans le passé, connaissez-vous une personne qui avait ce genre de compétence dans le passé?

R. Pas de mémoire, non.

[254] M. MacIntosh a également confirmé qu'aucun conseiller de l'extérieur n'avait été appelé à élaborer un plan d'investissement :

[TRADUCTION]

Q. M. O'REILLY : Maintenant, Monsieur MacIntosh, indépendamment de la question de savoir s'il était possible ou non d'investir le produit des redevances pétrolières et gazières ou de porter des sommes d'argent au crédit des comptes des bandes de Samson, d'Ermineskin et d'Enoch, le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien a-t-il, depuis 1969, consulté des gestionnaires de placement ou pris d'autres mesures pour investir les sommes au crédit des bandes de Samson, d'Ermineskin et d'Enoch dans des valeurs mobilières?

R. Pas d'après ce que je sais, Monsieur O'Reilly.

Q. Le ministère des Affaires indiennes ou le ministère des Finances n'a formulé aucun plan d'investissement au profit de Samson, d'Ermineskin ou d'Enoch pendant la période, même depuis 1951 jusqu'à la date [sic]?

R. Pas d'après ce que je sais, non. La seule chose dont je me souviens, c'est que nous avons convenu d'adopter la loi spéciale pour la bande d'Ermineskin, mais je ne crois pas que

plan of investments at that time.

Q. But the Government of Canada, then, hasn't tried to obtain investment counsel or talked to different financial people and said well, what could be an alternative plan than simply paying interest on these Indian monies pursuant to Orders in Council D-39 and D-41, since 1951?

A. Not to my recollection, Mr. O'Reilly.

...

Q. MR. O'REILLY: But as of now, the answer is no, there was no such plan, there were no such consultations; is that correct?

A. Not in anything I've read, Mr. O'Reilly, or in any research that I've been able to do.

[255] The Crown likewise did not fulfill the trustee's obligation to ascertain the circumstances of the fund. Gregor MacIntosh stated on discovery that the Department of Indian Affairs and Northern Development had no written goals or objectives relating to the return on Indian moneys. When asked specifically about Ermineskin, he further testified that the Crown did not have an understanding of the income requirements or risk tolerance of the Band, and would not have felt it appropriate to inquire.

[256] As would be expected from the foregoing, the Crown made no attempt to actually invest the appellants' moneys by preparing an investment plan for approval by the Bands. Crown counsel admitted before us that there is no evidence that the Crown drafted an investment plan to be proposed to the Bands. The Crown's approach, he explained, was to wait for the Bands to develop such a plan themselves.

[257] The evidence establishes that even when the Bands requested that the Crown invest their moneys, the Crown was not prepared to do so. A letter written by Gregor MacIntosh to Chief John B. Ermineskin in 1992 shows the Crown was not prepared to hire an outside independent investment advisor for the Band funds. Likewise, in 1994 and 1996, in response to letters from

nous avons un plan d'investissement détaillé à cette époque.

Q. Mais le gouvernement du Canada n'a pas tenté d'obtenir des conseils en matière d'investissement ou de parler à différents spécialistes en gestion financière et de chercher à savoir s'il y avait une autre façon de procéder plutôt que de payer simplement des intérêts sur cet argent des Indiens conformément aux décrets D-39 et D-41, depuis 1951?

R. Pas d'après mon souvenir, Monsieur O'Reilly.

[...]

Q. M. O'REILLY : Mais aujourd'hui, la réponse est non, il n'y avait aucun plan de cette nature, aucune consultation en ce sens n'a eu lieu, c'est ça?

R. Pas d'après les documents que j'ai lus, Monsieur O'Reilly, ou les recherches que j'ai pu faire.

[255] De la même façon, la Couronne ne s'est pas conformée à l'obligation du fiduciaire de déterminer les circonstances inhérentes au fonds. Au cours de son interrogatoire préalable, Gregor MacIntosh a répondu que le ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien n'avait aucun but ou objectif écrit au sujet du rendement de l'argent des Indiens. Lorsqu'il s'est fait poser la question au sujet d'Ermineskin en particulier, il a ajouté que la Couronne ne connaissait pas vraiment les besoins en revenus ou la tolérance au risque de la bande et n'aurait pas jugé à propos de s'enquérir de la situation.

[256] Comme le laissent entrevoir les explications qui précèdent, la Couronne n'a nullement cherché à investir l'argent des appelants en préparant un plan d'investissement afin de le soumettre à l'approbation des bandes. L'avocat de la Couronne a admis devant nous qu'il n'y a aucun élément de preuve montrant que celle-ci a rédigé un plan d'investissement à proposer aux bandes. Il a expliqué que l'approche de la Couronne consistait à attendre que les bandes élaborent elles-mêmes un plan de cette nature.

[257] Il appert de la preuve que même lorsque les bandes ont demandé à la Couronne d'investir leur argent, celle-ci n'était pas disposée à le faire. Selon une lettre que Gregor MacIntosh a adressée au chef John B. Ermineskin en 1992, la Couronne n'était pas prête à retenir les services d'un conseiller en investissement indépendant à l'égard des fonds des bandes. De plus, en

Ermineskin counsel, the Crown refused to invest the trust moneys.

[258] This approach is, of course, consistent with the Crown's primary position taken in this case that it did not have the authority to invest the funds. As I have already shown, not only was this view incorrect on a proper interpretation of the evidence, it contradicts the legal opinion provided to the Crown in 1982 by Mr. Ollivier which concluded the Crown was able to invest the band funds under what is now paragraph 64(1)(k) by putting an investment plan to the bands. At that point, had the Crown continued to be unsure as to the scope of its legal authority to invest, it should have referred the question to the Federal Court, as recommended in the Ollivier opinion.

[259] The approach taken by the Crown, which exhibits no attempt to even draft a proposed investment plan for approval by the bands, could not, of course, satisfy the Crown's duty to invest, as modified by paragraph 64(1)(k). The onus is on the Crown to generate a plan, based on the size of the trust fund, the spending requirements of the bands and the need for conservatism in order to preserve capital for future beneficiaries. Although the Crown must seek consent of the bands before investing, it does not follow that the Crown, as trustee, can shift this obligation to create an investment plan to the trust beneficiary.

[260] When it agreed to become trustee of the royalty moneys, the Crown undertook the obligation to look after the best interests of the bands. In giving the Crown the power to manage their moneys, the bands trusted the Crown to exercise its authority over their funds with care. As McLachlin J. (as she then was) stated in *Blueberry*, at paragraph 38:

Generally speaking, a fiduciary obligation arises where one person possesses unilateral power or discretion on a matter affecting a second "peculiarly vulnerable" person: see *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2

1994 et 1996, en réponse aux lettres de l'avocat d'Ermineskin, la Couronne a refusé d'investir les sommes en fiducie.

[258] Bien entendu, cette approche cadre avec la principale position que la Couronne a adoptée en l'espèce et selon laquelle elle n'avait pas le pouvoir d'investir les sommes d'argent en question. Comme je l'ai déjà montré, non seulement cette opinion était-elle erronée, d'après une bonne interprétation de la preuve, mais elle contredit l'avis juridique que M. Ollivier a donné à la Couronne en 1982 et dans lequel il a conclu que celle-ci pouvait investir l'argent des bandes en vertu de ce qui est maintenant l'alinéa 64(1)(k) en leur présentant un plan d'investissement. Lorsqu'elle a reçu cet avis, si la Couronne était toujours incertaine de la portée de son pouvoir d'investir, elle aurait dû renvoyer la question à la Cour fédérale, conformément à la recommandation de M. Ollivier.

[259] L'approche de la Couronne, qui ne fait pas montre de la moindre tentative de rédiger une ébauche de plan d'investissement à soumettre à l'approbation des bandes, ne pouvait évidemment pas être conforme à son obligation d'investir, modifiée par l'alinéa 64(1)(k). Il appartient à la Couronne de produire un plan fondé sur la taille du fonds en fiducie, sur les besoins en matière de dépenses des bandes et sur la nécessité de faire preuve de prudence afin de préserver le capital pour les bénéficiaires ultérieurs. Bien qu'elle doive solliciter le consentement des bandes avant d'investir, il ne s'ensuit pas pour autant que la Couronne peut, en qualité de fiduciaire, transférer cette obligation de créer un plan d'investissement au bénéficiaire de la fiducie.

[260] Lorsqu'elle a accepté de devenir fiduciaire des redevances, la Couronne s'est engagée à agir au mieux des intérêts des bandes. En lui donnant le pouvoir d'administrer leur argent, les bandes escomptaient que la Couronne exercerait son pouvoir sur leurs fonds avec diligence. Comme l'a dit la juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef de la Cour suprême du Canada) dans *Blueberry*, au paragraphe 38 :

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne « particulièrement vulnérable » : voir *Frame c.*

S.C.R. 226; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. The vulnerable party is in the power of the party possessing the power or discretion, who is in turn obligated to exercise that power or discretion solely for the benefit of the vulnerable party. A person cedes (or more often finds himself in the situation where someone else has ceded for him) his power over a matter to another person. The person who has ceded power trusts the person to whom power is ceded to exercise the power with loyalty and care. This is the notion at the heart of the fiduciary obligation.

[261] To borrow the words of Justice Rothstein in *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48 (T.D.), at paragraph 171, the Bands became “completely reliant” on the Crown and the Crown “failed to act in a reasonable and prudent manner as if it were looking after its own interests.”

[262] Having been entrusted by the Bands with the authority to manage their moneys, the Crown could not rely on the Bands to formulate the requisite investment plans. It is well established in trust law that it is the trustee who has the responsibility to develop an investment plan for the trust funds. This principle is acknowledged in *Waters*, at page 963:

In selecting an investment, the trustee must consider a range of matters concerning the market conditions, the quality and probable duration of the proposed investment, the duration of the trust and the beneficial interests involved, the financial situation of income beneficiaries, and the impact of taxation and inflation. He must also consider in the planning of his portfolio of trust investments, whether and, if so, to what extent and in what manner, he ought to diversify.

[Emphasis added.]

[263] The *Restatement of the Law Third, Trusts: Prudent Investor Rule*, at §227, page 8 also highlights the obligation of the trustee to outline an investment strategy:

**The trustee is under a duty to the beneficiaries to invest and manage the funds of the trust as a prudent investor would, in light of the purposes, terms, distribution requirements, and other circumstances of the trust.**

*Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral ou discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pouvoir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre d'assise de l'obligation de fiduciaire.

[261] Pour reprendre les commentaires que le juge Rothstein a formulés dans *Première nation Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1<sup>re</sup> inst.), au paragraphe 171, les bandes « comptaient entièrement sur le Canada » et celui-ci « n'a pas agi d'une façon raisonnable et prudente comme s'il veillait à ses propres intérêts ».

[262] Étant donné que les bandes lui avaient confié le pouvoir de gérer leur argent, la Couronne ne pouvait compter sur elles pour formuler les plans d'investissement nécessaires. Il est bien établi en droit des fiducies qu'il appartient au fiduciaire d'élaborer un plan d'investissement à l'égard des fonds en fiducie. Ce principe est reconnu dans *Waters*, à la page 963 :

[TRADUCTION] Au moment de choisir un investissement, le fiduciaire doit examiner différentes questions liées aux conditions du marché, à la qualité et à la durée probable de l'investissement envisagé, à la durée de la fiducie, aux intérêts bénéficiaires concernés, à la situation financière des bénéficiaires du revenu, aux aspects fiscaux et aux répercussions de l'inflation. Au cours de la planification de son portefeuille d'investissement, le fiduciaire doit également se demander dans quelle mesure il devrait diversifier les placements et, dans l'affirmative, de quelle façon il devrait le faire. [Non souligné dans l'original.]

[263] L'obligation du fiduciaire d'élaborer une stratégie d'investissement est également reconnue dans l'ouvrage *Restatement of the Law Third, Trusts: Prudent Investor Rule*, à la section 227, à la page 8 :

[TRADUCTION] Le fiduciaire est tenu, envers les bénéficiaires, d'investir et de gérer les fonds de la fiducie comme le ferait l'investisseur prudent, eu égard à l'objet et aux conditions de la fiducie, aux exigences relatives à la distribution et aux autres circonstances inhérentes à la fiducie.



(a) This standard requires the exercise of reasonable care, skill, and caution, and is to be applied to investments not in isolation but in the context of the trust portfolio and as a part of an overall investment strategy, which should incorporate risk and return objectives reasonably suitable to the trust. [Emphasis added.]

[264] The Ollivier opinion likewise identified that the onus is on the Crown to properly manage the bands' capital moneys:

Thirdly, consistently with the view expressed above that the control and management of capital moneys in the final analysis remains the responsibility of the Crown, the Minister would be obliged on a periodic basis to review the way in which his approved expenditure plan was being implemented, and to make any adjustments in the plan or in its implementation which appeared to him to be for the benefit of the band. [Emphasis added.]

[265] Therefore, it is unrealistic to suggest that the Crown is excused from investing because the Bands did not give consent. The Bands were not presented with any plan of investment for approval to which they could consent.

[266] Expert evidence helps to illuminate what was expected of the Crown by establishing the standards applicable to professional trustees. In *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2004), 249 D.L.R. (4th) 214 (Ont. S.C. J.), at paragraph 143, Brockenshire J. recognized that the appropriate model against which to assess the Crown's conduct is against the practice of professional trustees:

. . . the most appropriate model, to satisfy the fiduciary obligation to invest and keep invested the funds under administration, is that used by professional trustees, who face exactly the same type of obligation, and . . . have faced it since long before the Crown first undertook the obligation at issue in this case.

[267] The expert evidence adduced at trial highlights the Crown's obligation to generate an investment plan for the royalty moneys. For example, Robert Bertram, a Crown expert, agreed with the statement that "in the

(a) Cette norme exige l'exercice d'une prudence, d'une habileté et d'une diligence raisonnables et doit être appliquée aux investissements non pas de manière isolée, mais dans le contexte du portefeuille de la fiducie et dans le cadre d'une stratégie d'investissement globale, qui devrait intégrer des objectifs raisonnablement adaptés à la fiducie en ce qui concerne le risque et le rendement. [Non souligné dans l'original.]

[264] De la même façon, M. Ollivier a souligné dans son avis juridique qu'il incombait à la Couronne de bien gérer l'argent du compte en capital des bandes :

[TRADUCTION] En troisième lieu, compte tenu de l'avis exprimé ci-dessus selon lequel la Couronne demeure responsable, en dernier ressort, du contrôle et de l'administration des sommes d'argent du compte en capital, le ministre serait tenu de revoir périodiquement la façon dont son plan de dépenses approuvé a été mis en œuvre et d'apporter au plan ou à la mise en œuvre en question les corrections qui, à son avis, seraient à l'avantage de la bande. [Non souligné dans l'original.]

[265] En conséquence, il n'est pas réaliste de dire que la Couronne n'est pas tenue d'investir parce que les bandes n'ont pas donné leur consentement. Les bandes n'ont été saisies d'aucun plan d'investissement auquel elles auraient pu consentir.

[266] La preuve d'expert permet de mieux comprendre ce qui était attendu de la Couronne en faisant ressortir les normes applicables aux fiduciaires professionnels. Dans *Authorson (Litigation guardian of) v. Canada (Attorney General)* (2004), 249 D.L.R. (4th) 214 (C.S.J. Ont.), au paragraphe 143, le juge Brockenshire a reconnu que le modèle au regard duquel il convient d'évaluer la conduite de la Couronne est la pratique des fiduciaires professionnels :

[TRADUCTION] [. . .] le modèle par excellence à suivre pour satisfaire à l'obligation fiduciaire d'investir les fonds visés par l'administration et de veiller à ce qu'ils demeurent investis est celui des fiduciaires professionnels, auxquels incombe le même type d'obligation; [. . .] dans leur cas, cette obligation est née bien avant la date à laquelle la Couronne a contracté pour la première fois l'obligation en litige en l'espèce.

[267] La preuve d'expert présentée à l'instruction met en relief l'obligation de la Couronne de produire un plan d'investissement à l'égard des redevances. Ainsi, Robert Bertram, un des témoins experts de la Couronne,

management of large sums of money, say, \$50 million or more, an investment strategy is an absolutely necessary thing to have.”

[268] Tony Williams, another expert, stated that in order to comply with the prudent person standard, the Crown should have “set up appropriate investment policies” and “documented the policies in a written statement of investment policies and goals.”

[269] Likewise, according to the testimony of Professor Laurence Booth,

... it was the Crown’s responsibility to do what any financial planner would have done, which is to go through a financial plan, to look at revenues, to look at expenses, to look at all of the factors that go into this holistic approach, and design an investment strategy consistent with those spendings and those other responsibilities.

[270] Despite this onus on the Crown to prepare an investment plan and present it to the Bands, the evidence shows that the Crown never sought the consent of the Bands to invest their moneys. The following excerpt from the discovery transcript of Reinhard Kohls, a Crown employee, was adduced at trial:

Q. And as I understand it, I’d simply like you to confirm that the Crown has never asked the Ermineskin Band whether it would approve the government investing monies on its behalf? Is that right?

A. Not—not to my knowledge, without the change to legislation and so on.

Q. But it’s never asked that question —

A. No.

[271] The expert evidence as to the duties of a trustee adduced at trial likewise supports the conclusion that the Crown was required to carry out a variety of sound investment practices in fulfilling its duty to invest prudently. The experts noted that the Crown failed to

a reconnu que [TRADUCTION] « lorsqu’il s’agit de gérer d’importantes sommes d’argent, par exemple, 50 000 000 \$ ou plus, il est absolument nécessaire d’avoir une stratégie d’investissement ».

[268] Tony Williams, un autre témoin expert, a mentionné que, pour respecter la norme de la personne prudente, la Couronne aurait dû [TRADUCTION] « établir des politiques d’investissement appropriées » et [TRADUCTION] « consigner les politiques dans un énoncé écrit des politiques et objectifs en matière d’investissement ».

[269] Dans la même veine, selon le témoignage du professeur Laurence Booth :

[TRADUCTION] [. . .] il appartenait à la Couronne de faire ce que tout planificateur financier aurait fait, c’est-à-dire d’élaborer un plan financier, d’examiner les revenus et les dépenses et tous les facteurs qui entrent en ligne de compte dans cette méthode globale, et de concevoir une stratégie d’investissement compatible avec ces dépenses et ces autres responsabilités.

[270] Malgré l’obligation qui lui incombait de préparer un plan d’investissement et de le présenter aux bandes, la preuve montre que la Couronne n’a jamais sollicité le consentement de celles-ci afin d’investir leur argent. L’extrait suivant de la transcription de l’interrogatoire préalable de Reinhard Kohls, fonctionnaire, a été présenté à l’instruction :

[TRADUCTION]

Q. Et si j’ai bien compris, j’aimerais simplement que vous me confirmiez que la Couronne n’a jamais demandé à la bande d’Ermineskin si elle consentirait à ce que le gouvernement investisse les sommes d’argent pour son compte? Est-ce exact?

R. Non, pas d’après ce que je sais, sans les changements législatifs et ainsi de suite.

Q. Mais cette question ne lui a jamais été posée —

R. Non.

[271] La preuve d’expert présentée à l’instruction au sujet des obligations du fiduciaire permet également de conclure que la Couronne était tenue de suivre différentes pratiques d’investissement judicieuses afin de se conformer à son obligation d’investir prudemment.

properly manage the Bands' moneys because:

(a) the Crown should have analysed the present and future needs of the Band members (born and unborn);

(b) the Crown should have deployed either in-house expertise in the management of substantial sums of money or retained outside expertise in this regard;

(c) the Crown should have set performance targets for the funds;

(d) the Crown should have monitored the results of its investment decisions on an ongoing basis;

(e) the Crown should have diversified the investment of the appellants' royalty moneys;

(f) the Crown should have preserved capital funds from diminution due to inflation and increased them for the benefit of future generations;

(g) the Crown should have taken account of the fact that the funds received in trust were from a non-renewable and depleting asset;

(h) the Crown should have evaluated the nature of the funds, time horizon and cash flow patterns;

(i) the Crown should have assessed the risk tolerance of the fund; and

(j) the Crown should have determined the risks and returns from various investment policies.

Les experts ont souligné que la Couronne n'avait pas bien géré l'argent des bandes, pour les raisons suivantes :

a) la Couronne aurait dû analyser les besoins actuels et futurs des membres des bandes (nés et à naître);

b) la Couronne aurait dû affecter des spécialistes internes à la gestion de sommes d'argent importantes ou retenir les services de spécialistes de l'extérieur à cet égard;

c) la Couronne aurait dû fixer des objectifs de rendement à l'égard des fonds;

d) la Couronne aurait dû surveiller de façon continue les résultats de ses décisions en matière d'investissement;

e) la Couronne aurait dû diversifier l'investissement des redevances des appelants;

f) la Couronne aurait dû protéger les sommes d'argent des comptes en capital contre le risque de diminution imputable à l'inflation et favoriser leur accroissement au profit des générations futures;

g) la Couronne aurait dû tenir compte du fait que les sommes d'argent reçues en fiducie provenaient d'une ressource épuisable et non renouvelable;

h) la Couronne aurait dû évaluer la nature des fonds, l'horizon temporel et l'évolution du flux de trésorerie;

i) la Couronne aurait dû évaluer la tolérance au risque du fonds;

j) la Couronne aurait dû déterminer les risques et rendements découlant de différentes politiques d'investissement.

[272] The investment experts confirmed that the Crown's lack of an investment policy resulted in poor performance of the funds and that based on a review of investment returns available during the period through diversification, a wide margin of incremental gain was forfeited over the last 20 years. In summary, the experts concluded the Crown's treatment of the Bands' funds

[272] Les spécialistes en investissement ont confirmé qu'en raison de l'absence de politique d'investissement de la Couronne, les fonds ont donné un faible rendement et que, d'après un examen des rendements que la diversification aurait permis d'obtenir pendant la période en cause, un gain différentiel important a été perdu au cours des 20 dernières années. En résumé, les

did not conform to the prevailing and acceptable industry practices.

d. Alternative Defences of the Crown

i. The government policy of promoting self-government for the Bands and their attempts to implement it did not excuse the Crown

[273] If the Court were to find, as I have, that the Crown's duties as fiduciary are defined by the common-law as modified by legislation, the Crown's alternative defence is that its decision not to invest the trust moneys was appropriate in light of the Crown's policy of promoting self-government among Aboriginal peoples.

[274] The Crown pointed to numerous initiatives specific to Samson and Ermineskin or intended to be of general application to all First Nations across the country designed to devolve decision-making authority to First Nations and to transfer to them all of the moneys the Crown had previously held in trust on their behalf. In the Crown's view, it was a reasonable decision to focus its efforts entirely on building Aboriginal self-government, rather than attempting to prudently manage the trust moneys of First Nations. At least two reasons prevent the Crown from relying on its self-government policy as a valid defence.

[275] First, while the Crown's self-government policy may have been laudable, that did not excuse the Crown from fulfilling its trust duties until such time as self-government, at least to the extent of having the Bands take control of the trust funds, could be implemented. Self-government for Canada's Aboriginal peoples is an important goal and indeed, a goal expressed by many Aboriginal peoples themselves. However, self-government is a long-term objective. The paternalism and dependence characteristic of the relationship between the Crown and Aboriginal peoples cannot be undone overnight. In the meantime, the Crown

spécialistes ont conclu que le traitement par la Couronne de l'argent des bandes n'était pas conforme aux pratiques courantes et acceptables de l'industrie.

d. Les différents moyens de défense de la Couronne

i. La politique gouvernementale axée sur la promotion de l'autonomie gouvernementale des bandes et des efforts de celle-ci en vue d'y parvenir n'excusaient pas la Couronne

[273] Si la Cour devait conclure, comme je l'ai fait, que les obligations de la Couronne en qualité de fiduciaire sont définies par les règles de common law, modifiées par la législation, la Couronne fait valoir subsidiairement que sa décision de ne pas investir les sommes en fiducie était appropriée, compte tenu de la politique de l'État axée sur la promotion de l'autonomie gouvernementale chez les peuples autochtones.

[274] La Couronne a souligné de nombreuses initiatives prises à l'échelle du pays, qu'elles soient propres à Samson et à Ermineskin ou destinées à l'ensemble des Premières nations, en vue de confier le pouvoir décisionnel à celles-ci et de leur transférer toutes les sommes d'argent qu'elle détenait auparavant en fiducie pour leur compte. De l'avis de la Couronne, il était raisonnable de décider d'axer entièrement ses efforts sur la promotion de l'autonomie gouvernementale des autochtones plutôt que de tenter d'administrer prudemment les sommes d'argent en fiducie des Premières nations. La Couronne ne peut valablement invoquer sa politique en matière d'autonomie gouvernementale, pour au moins deux raisons.

[275] D'abord, si louable soit-elle, la politique de la Couronne en matière d'autonomie gouvernementale ne la soustrayait pas au devoir de remplir ses obligations fiduciaires jusqu'au moment où l'autonomie gouvernementale pourrait être mise en pratique, du moins jusqu'à l'étape de la prise en charge des fonds en fiducie par les bandes. L'autonomie gouvernementale des autochtones représente un objectif important et, effectivement, un objectif que de nombreux autochtones ont eux-mêmes exprimé. Cependant, il s'agit d'un objectif à long terme. Le paternalisme et la dépendance qui caractérisent la relation entre la Couronne et les autochtones ne peuvent

must fulfill its trust responsibilities by properly managing the funds entrusted to it. The evidence supports this proposition, indicating that while both Bands at times expressed interest in collapsing the existing trust and taking full control of their moneys, such initiatives failed. It was not appropriate, therefore, for the Crown to work solely towards these ultimately unsuccessful initiatives. The Crown was obliged to continue to fulfill its trust duties by, in particular, creating investment proposals on a continuing basis for approval by the Bands.

[276] Secondly, while senior government officials may have had a policy directed to developing initiatives to build Aboriginal self-government, there is no evidence that this policy was communicated to the public servants actually handling the trust moneys as a reason why the funds could not be invested. Throughout the relevant period government officials maintained the funds could not be invested not because of a desire to establish self-government amongst Aboriginal peoples, but because they were of the view that the *Indian Act* did not permit investments, because of a Crown policy against taking risks with Indian moneys, and because of a desire to avoid earning different returns for different bands.

[277] These reasons against investment were evident from early evidence covering the period up to the 1970s. The trial Judge quoted from an 1859 Executive Council recommendation signed by John A. MacDonald which disclosed the government's concern with making actual investments of Indian moneys (quoted in *Samson*, at paragraph 648; *Ermineskin*, at paragraph 256):

In dealing with the Indians of whom the Government has constituted itself the Guardian, it would appear desirable so to secure the funds as to prevent the possibility of any failure in the payment of the Annual Sums required for the Indians, as such failure would certainly be attributed to a breach of faith

disparaître par enchantement. Entre-temps, la Couronne doit s'acquitter de ses responsabilités fiduciaires en administrant en bonne et due forme les fonds qui lui sont confiés. Cette proposition est appuyée par la preuve qui montre que, même si les deux bandes ont parfois exprimé le souhait d'annuler la fiducie existante et de contrôler pleinement leur argent, ces initiatives ont échoué. En conséquence, il ne convenait pas que la Couronne axe ses efforts uniquement sur ces initiatives qui se sont finalement soldées par un échec. La Couronne devait continuer à remplir ses obligations fiduciaires, notamment en élaborant des propositions d'investissement sur une base continue afin de les soumettre à l'approbation des bandes.

[276] En second lieu, bien que les cadres supérieurs du gouvernement aient peut-être eu pour politique d'élaborer des initiatives visant à favoriser l'autonomie gouvernementale des autochtones, aucun élément de preuve ne montre que cette politique a été communiquée aux fonctionnaires qui s'occupaient du traitement des sommes d'argent en fiducie à titre de raison pour laquelle les fonds en question ne pouvaient être investis. Tout au long de la période pertinente, les fonctionnaires gouvernementaux ont soutenu que les fonds ne pouvaient être investis non pas en raison de l'intention de favoriser l'autonomie gouvernementale chez les autochtones, mais plutôt parce qu'ils estimaient que la *Loi sur les Indiens* n'autorisait pas les investissements, parce que la Couronne avait pour politique de ne pas prendre de risque avec l'argent des Indiens et parce qu'il était souhaitable d'éviter de générer des rendements qui seraient différents d'une bande à l'autre.

[277] Ces raisons ressortent clairement d'éléments de preuve qui couvrent la période allant jusqu'aux années 1970. Le juge de première instance a cité un extrait de la recommandation de 1859 du conseil exécutif que John A. MacDonald a signée et qui faisait état de la préoccupation du gouvernement au sujet de l'investissement de l'argent des Indiens (citée dans *Samson*, au paragraphe 648; *Ermineskin*, au paragraphe 256) :

[TRADUCTION] En ce qui concerne les Indiens, dont le gouvernement s'est constitué le tuteur, il semblerait souhaitable de garantir les fonds afin de faire obstacle à la possibilité de tout défaut dans le paiement des sommes annuelles requises pour les Indiens, car un tel défaut serait

on the part of the Government and [could not] be explained to the satisfaction of the Tribes. By maintaining the present system of investment, it might also result that one Tribe would find its Annual interest regularly paid, while others would meet with disappointment. Should such an event arise, Parliament would probably find it necessary to make good the losses of the Trust, and it would therefore be more advisable to carry the funds at the credit of the Trust to the Consolidated Fund, and to charge the annual interest upon that Fund at such scale as might appear equitable to the Legislature.

Further receipts on account of the Indians might be kept at their Credit in account with the Receiver General—allowing the Trust Six per cent interest thereon pending the decision of Parliament on the general Subject.

[278] An August 28, 1973 letter by V. M. Gran, Chief, Band Management Division, a Crown official, confirms the view that the Crown should not invest Indian moneys because of the risk of criticism from failing to do so appropriately:

... I submit that the Department should not attempt to become involved deeply in the matter of investment of surplus Band funds on behalf of Bands. The fact that the Minister is always subject to criticism regardless of how wisely the money is invested, or how great the return to the Band is important. The Band is always in a position to levy criticism against the Minister even with respect to the possibility that he did not invest their funds and obtain the highest return possible whether he did or not.

[279] Likewise, a December 9, 1974 letter from Jacques Roy, Director, Legal Services, Indian and Northern Affairs, to Mr. V. M. Gran reveals the Crown's view about investment of Indian moneys:

This office has on several occasions studied the questions you have raised and it is our opinion that the *Indian Act* does not allow for the investment of Capital Band Funds nor for the transferring of these capital funds which would permit a band to manage, control and expend its capital monies.

[280] The evidence also reveals that the same reasons for failing to invest were given into the 1990s. Ermineskin counsel wrote first to Crown counsel and then to Prime Minister Jean Chrétien in 1994 and 1996,

certainement imputé à un abus de confiance de la part du gouvernement et ne pourrait pas être expliqué à la satisfaction des tribus. Le maintien en place de l'actuel système d'investissements pourrait aussi avoir pour résultat qu'une tribu constatera le paiement régulier de ses intérêts annuels, tandis que d'autres éprouveront une déconvenue. Si un tel événement devait survenir, le Parlement jugerait probablement nécessaire de compenser les pertes de la fiducie, et il serait donc plus prudent de transférer au Fonds consolidé les sommes portées au crédit de la fiducie, et d'imputer les intérêts annuels au débit du Fonds consolidé selon l'échelle qui pourra sembler adéquate au législateur.

Les encaissements futurs reçus au nom des Indiens pourraient être conservés à leur crédit auprès du receveur général — la fiducie recevant un intérêt de six p. cent sur de tels encaissements, jusqu'à ce que le législateur se prononce sur la question générale.

[278] Dans une lettre du 28 août 1973, V. M. Gran, fonctionnaire et chef de la Division de la gestion des bandes, confirme l'opinion selon laquelle la Couronne ne devrait pas investir l'argent des Indiens, en raison des critiques pouvant découler de mauvais investissements :

[TRADUCTION] À mon avis, le ministère ne devrait pas s'occuper activement d'investir les fonds excédentaires des bandes pour leur compte. Il faut se rappeler que le ministre est toujours susceptible d'être critiqué, si judicieux que soit l'investissement ou si élevé que soit le rendement pour la bande. La bande peut toujours formuler des critiques contre le ministre, même en ce qui concerne la possibilité qu'il n'ait pas investi les fonds et obtenu le meilleur rendement qui soit, que la critique soit fondée ou non.

[279] Dans la même veine, dans une lettre du 9 décembre 1974, Jacques Roy, directeur des Services juridiques du ministère des Affaires indiennes et du Nord, révèle à M. V. M. Gran l'opinion de la Couronne au sujet de l'investissement de l'argent des Indiens :

[TRADUCTION] Notre bureau s'est penché à plusieurs reprises sur les questions que vous avez soulevées et nous sommes d'avis que la *Loi sur les Indiens* n'autorise pas l'investissement des fonds des comptes en capital des bandes ni le transfert de ces fonds qui permettrait à une bande de gérer, de contrôler et de dépenser les sommes d'argent de son compte en capital.

[280] Il appert également de la preuve que les mêmes raisons ont été invoquées au cours des années 1990 au sujet du refus d'investir. L'avocat d'Ermineskin a d'abord écrit au conseiller juridique de la Couronne en

respectively, asking for the Crown to fulfill its duties as trustee by obtaining the best yield for the Bands. The responses on behalf of the Crown in both cases indicate that the legislative and policy concerns against investment present in the 1970s remained. The response to the first letter, provided by Alan D. Macleod on June 13, 1994, states:

... as long as it has responsibility for the monies, Her Majesty's Government is not prepared to turn them over to third parties to invest those funds; it is not prepared to risk band capital accounts in the marketplace. The capital and revenue accounts in the consolidated revenue fund constitute a very safe investment which attracts a favourable interest rate. Moreover, the bands have demonstrated a requirement for funds annually, which funds have been derived from the interest earned and the bands have, from time to time, availed themselves of opportunities to access the capital accounts through Section 64(1) of the *Indian Act*.

[281] Ronald A. Irwin, P.C., M.P. responded to the second letter on March 26, 1996 by stating,

As you know, the holding of Band funds in the Consolidated Revenue Fund is mandated by legislation. Moreover, given that the funds are not at risk, the Crown's position is that the interest formula applicable to Band capital and revenue accounts provides a reasonable rate of return, particularly given the fact that these funds are accessible under section 64 of the *Indian Act*.

With respect to the investment of Band funds, the Government of Canada will not place the funds of the Ermineskin Band at risk by making investments in which there is a possibility of a decline in value, even though it might produce a higher rate of return.

[282] In sum, while self-government is an important policy objective to be pursued by the Crown, it cannot excuse the Crown from performing its duties as trustee until self-government is in fact implemented, particularly in the circumstances of this case, where the desire for self-government was never considered by Crown officials responsible for the trust moneys to be the reason for the Crown's refusal to invest.

1994, puis au premier ministre Jean Chrétien en 1996, afin de demander à la Couronne de s'acquitter de ses obligations à titre de fiduciaire en obtenant le rendement le plus favorable qui soit pour les bandes. Les réponses données dans les deux cas au nom de la Couronne montrent que les préoccupations législatives et politiques qui militaient contre l'investissement au cours des années 1970 étaient toujours là. Voici une partie de la réponse donnée par Alan D. Macleod à la première lettre le 13 juin 1994 :

[TRADUCTION] [. . .] tant et aussi longtemps qu'elle est responsable des sommes d'argent, Sa Majesté n'est pas disposée à les confier à des tiers pour qu'ils les investissent; elle n'est pas disposée à risquer l'argent des comptes en capital des bandes sur le marché. Les comptes en capital et les comptes de revenu du Trésor constituent un investissement très sûr qui donne lieu à un taux d'intérêt favorable. De plus, les bandes ont montré qu'elles avaient besoin d'argent chaque année; cet argent provient de l'intérêt gagné et les bandes se sont prévaluées, à l'occasion, des possibilités d'utiliser les comptes en capital en invoquant le paragraphe 64(1) de la *Loi sur les Indiens*.

[281] Le 26 mars 1996, Ronald A. Irwin, C.P., député, a répondu comme suit à la deuxième lettre :

[TRADUCTION] Comme vous le savez, la loi exige que les fonds des bandes soient détenus au Trésor. De plus, étant donné que les fonds ne sont exposés à aucun risque, la Couronne estime que la formule du calcul des intérêts qui s'applique aux comptes en capital et aux comptes de revenu des bandes permet d'obtenir un rendement raisonnable, eu égard, notamment, à la possibilité d'avoir accès à ces fonds en vertu de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens*.

En ce qui concerne l'investissement des fonds des bandes, le gouvernement du Canada n'exposera pas les fonds de la bande d'Ermineskin à des risques en faisant des investissements dont la valeur pourrait baisser, malgré la possibilité que l'investissement produise un taux de rendement supérieur.

[282] Bref, même si l'autonomie gouvernementale représente un objectif politique important pour la Couronne, il ne peut soustraire celle-ci au devoir de s'acquitter de ses obligations fiduciaires jusqu'à ce que l'autonomie gouvernementale soit effectivement réalisée, surtout dans les circonstances de la présente affaire, où les fonctionnaires responsables du traitement des sommes en fiducie n'ont jamais considéré cette politique comme la raison expliquant le refus d'investir de la Couronne.

ii. The spending habits of the Bands and the volatility of oil revenues did not preclude the Crown from investing

[283] The respondents also argue in defence that in any event, investment could not be made in light of the fact that the Bands did not have a sufficiently disciplined spending policy to enable a long-term investment strategy of the type that might have lead to greater returns for the Bands. Moreover, the respondents reject the appellants' submission that even high levels of spending could be tolerated by the fund because of substantial oil royalty forecasts. According to the Crown, oil revenues were too volatile to compensate sufficiently for Band spending.

[284] The Bands admit that their spending was high. According to statistics provided by the Crown, from 1969 to 1999, Samson withdrew and spent or invested \$1.74 billion of its \$2.2 billion in total revenues—roughly 80%, while Ermineskin withdrew over 70% of all its royalty and interest revenue. However, despite these significant withdrawals from the Bands' capital and revenue accounts, it is important to bear in mind the substantial balances that remained in the Bands' capital accounts in the relevant periods. From at least 1969, the balance in the Bands' accounts continued to grow for most years with substantial balances being maintained. Thus it is clear that despite the spending habits of the Bands, their capital accounts kept increasing. This evidence should have persuaded the Crown that there were substantial sums available for investment. The following excerpt from an exhibit entitled, "Summary Of Pigeon Lake Royalty Distribution To Samson Cree Nation's And Ermineskin Cree Nation's Capital Accounts," illustrates this concept:

ii. Les habitudes de dépense des bandes et la volatilité des revenus du pétrole n'empêchaient pas la Couronne d'investir

[283] Les intimés font également valoir qu'en tout état de cause, les sommes d'argent ne pouvaient être investies, parce que les bandes n'avaient pas une politique de dépense suffisamment disciplinée pour permettre une stratégie d'investissement à long terme susceptible de générer des rendements supérieurs pour elles. De plus, les intimés rejettent l'argument des appelants selon lequel le fonds pouvait même tolérer des dépenses plus élevées, en raison de l'importance des redevances pétrolières anticipées. De l'avis de la Couronne, les revenus pétroliers étaient trop volatiles pour compenser adéquatement les dépenses des bandes.

[284] Les bandes admettent que leurs dépenses étaient élevées. Selon les statistiques fournies par la Couronne, de 1969 à 1999, Samson a retiré et dépensé ou investi 1 740 000 000 \$ de ses revenus totaux de 2 200 000 000 \$, soit près de 80 p. 100, tandis qu'Ermineskin a retiré plus de 70 p. 100 de l'ensemble de ses revenus provenant des redevances et des intérêts. Cependant, malgré ces retraits importants des comptes en capital et des comptes de revenu des bandes, il faut se rappeler que des soldes élevés sont restés dans les comptes en capital des bandes au cours des périodes pertinentes. Depuis au moins 1969 et peut-être avant, le solde des comptes des bandes a continué d'augmenter pendant la plupart des années et des montants élevés ont été détenus dans ces comptes. Il est donc évident que, malgré les habitudes de dépense des bandes, les comptes en capital de celles-ci ont continué d'augmenter. Ces données auraient dû convaincre la Couronne que de fortes sommes demeuraient disponibles à des fins d'investissement. L'extrait suivant de la pièce intitulée [TRADUCTION] « Résumé de la distribution des redevances du lac Pigeon aux comptes en capital de la nation crie de Samson et de la nation crie d'Ermineskin » illustre ce concept :



Samson Cree Nation Year-End Balance (1)	Ermineskin Cree Nation Year-End Balance (2)
--	--

Solde de fin d'année de la nation crie de Samson (1)	Solde de fin d'année de la nation crie d'Ermineskin (2)
---	--

DATE

Mar-69	\$ 1,513,957	\$ 1,182,745
Mar-70	1,778,394	1,349,376
Mar-71	2,102,723	1,209,315
Mar-72	2,545,360	1,108,608
Mar-73	3,407,378	1,611,779
Mar-74	5,728,755	2,621,713
Mar-75	17,241,933	8,022,490
Mar-76	24,680,137	11,995,141
Mar-77	32,270,573	14,478,410
Mar-78	37,177,922	19,324,259
Mar-79	47,239,365	25,315,319
Mar-80	70,811,276	42,233,855
Mar-81	80,889,955	41,198,787
Mar-82	114,395,897	55,908,238
Mar-83	151,612,576	79,467,586
Mar-84	232,983,762	116,547,244
Mar-85	329,311,768	158,058,905
Mar-86	391,298,391	199,546,404
Mar-87	383,983,082	196,683,252
Mar-88	376,674,227	199,045,135
Mar-89	387,898,365	202,915,058
Mar-90	399,875,433	205,822,562
Mar-91	405,868,224	210,599,263
Mar-92	409,587,208	213,934,172
Mar-93	406,149,559	216,930,163
Mar-94	408,573,936	216,746,868
Mar-95	409,935,537	217,464,396
Mar-96	414,082,421	216,874,109
Mar-97	414,412,667	219,879,147
Mar-98	410,808,220	218,372,038
Mar-99	348,604,338	210,824,436

DATE

Mars 1969	1 513 957 \$	1 182 745 \$
Mars 1970	1 778 394	1 349 376
Mars 1971	2 102 723	1 209 315
Mars 1972	2 545 360	1 108 608
Mars 1973	3 407 378	1 611 779
Mars 1974	5 728 755	2 621 713
Mars 1975	17 241 933	8 022 490
Mars 1976	24 680 137	11 995 141
Mars 1977	32 270 573	14 478 410
Mars 1978	37 177 922	19 324 259
Mars 1979	47 239 365	25 315 319
Mars 1980	70 811 276	42 233 855
Mars 1981	80 889 955	41 198 787
Mars 1982	114 395 897	55 908 238
Mars 1983	151 612 576	79 467 586
Mars 1984	232 983 762	116 547 244
Mars 1985	329 311 768	158 058 905
Mars 1986	391 298 391	199 546 404
Mars 1987	383 983 082	196 683 252
Mars 1988	376 674 227	199 045 135
Mars 1989	387 898 365	202 915 058
Mars 1990	399 875 433	205 822 562
Mars 1991	405 868 224	210 599 263
Mars 1992	409 587 208	213 934 172
Mars 1993	406 149 559	216 930 163
Mars 1994	408 573 936	216 746 868
Mars 1995	409 935 537	217 464 396
Mars 1996	414 082 421	216 874 109
Mars 1997	414 412 667	219 879 147
Mars 1998	410 808 220	218 372 038
Mars 1999	348 604 338	210 824 436

Notes: (1) Includes Samson's pro-rata share of Pigeon Lake capital balance as of each March 31<sup>st</sup>.

(2) Includes Ermineskin's pro-rata share of Pigeon Lake capital balance as of each March 31<sup>st</sup>.

Preliminary, subject to minor revision.

Notes : (1) Comprend la quote-part de Samson du solde du compte en capital du lac Pigeon au 31 mars.

(2) Comprend la quote-part d'Ermineskin du solde du compte en capital du lac Pigeon au 31 mars.

Données préliminaires, sous réserve d'une révision mineure

[285] Furthermore, the Crown should have made inquiries of the Bands on a periodic basis to determine the Band's spending requirements. The evidence of the Crown is that they did not do so, nor even believe that

[285] De plus, la Couronne aurait dû s'enquérir à l'occasion auprès des bandes afin de connaître les exigences en matière de dépense de celles-ci. Selon la preuve de la Couronne, elle ne l'a pas fait, ni même ne

they should. When asked whether the Crown had “any understanding of what the income requirements and risk tolerance of the Ermineskin capital accounts were,” Gregor MacIntosh responded “it’s not our business to know what the band wants to spend or what the band thinks it needs to live off of anymore [*sic*] they’d know what I think I need to live off of.”

[286] Moreover, it is impossible to know how the Bands’ spending habits would have changed had they been confronted with the possibility of making actual investments and locking-in their funds on a long-term basis in order to obtain higher returns. The evidence in fact indicates that at least in Ermineskin’s case, the Band was capable of curbing excessive spending. After its withdrawals hit a peak of \$42 million in 1987, Ermineskin developed a plan to reduce spending and saw its expenditures decrease to \$17 million in 2000 despite the fact that over that period the Band’s population increased by approximately 53%.

iii. It is far from clear that the rate of return was reasonable

[287] The respondents say that in any event, the interest they paid was reasonable in the sense that it provided the appellants with a reasonable return on their moneys. However, the Crown made little attempt to ascertain how the rate being paid compared to rates of return that could be obtained through investment and therefore had no way of assessing the “reasonableness” of the rate of interest being paid. As Mr. MacIntosh stated on discovery:

Q. But no one has been specifically designated, as I understood your earlier testimony, to be reviewing the *Globe and Mail*, the interest rates on long-term Government of Canada bonds, the stock market, to say that all told, if we had a portfolio of \$100 million, what is the returns of other portfolios, similar portfolios and comparing that to the returns on Indian monies? No one was charged with that function?

croyait qu’elle devait le faire. Lorsqu’il s’est fait demander si la Couronne [TRADUCTION] « connaissait les besoins en revenus et la tolérance au risque des comptes en capital d’Ermineskin », Gregor MacIntosh a répondu comme suit : [TRADUCTION] « la question de savoir combien la bande veut dépenser ou de combien elle pense avoir besoin pour vivre ne nous regarde pas, pas plus que la question de savoir de combien je pense avoir besoin pour vivre les concerne ».

[286] De plus, il est impossible de savoir comment les habitudes de dépense des bandes auraient changé si celles-ci avaient été informées de la possibilité de faire des investissements réels et d’immobiliser leurs fonds à long terme afin d’obtenir des rendements plus élevés. La preuve montre effectivement que, du moins dans le cas d’Ermineskin, la bande pouvait mettre un frein aux dépenses excessives. Après avoir retiré un montant de 42 000 000 \$ en 1987, ce qui était un sommet, Ermineskin a élaboré un plan afin de réduire ses dépenses, lesquelles ont baissé à 17 000 000 \$ en 2000 malgré le fait qu’au cours de cette période, la population de la bande a augmenté d’environ 53 p. 100.

iii. Il est loin d’être certain que le taux de rendement était raisonnable

[287] Les intimés soutiennent qu’en tout état de cause, l’intérêt qu’ils ont versé était raisonnable, au sens qu’il a permis aux appelants de toucher un rendement raisonnable sur leur argent. Cependant, la Couronne n’a pas vraiment cherché à savoir jusqu’à quel point le taux payé se comparait aux taux de rendement que des investissements auraient permis d’obtenir et n’avait donc aucune façon d’évaluer le caractère raisonnable du taux d’intérêt effectivement versé. Comme l’a dit M. MacIntosh au cours de son interrogatoire préalable :

[TRADUCTION]

Q. Si j’ai bien compris votre témoignage précédent, personne n’avait été chargé explicitement de réviser le *Globe and Mail*, les taux d’intérêt sur les obligations à long terme du gouvernement du Canada, le marché d’actions, pour dire que, si nous avons un portefeuille de 100 000 000 \$, quel est le rendement des autres portefeuilles, des portefeuilles similaires, et comparer ce rendement à celui de l’argent des Indiens? Cette fonction n’a pas été confiée à quelqu’un?

MR. MACLEOD: Other than the process we've described about getting information on a weekly basis from the Bank of Canada and doing the actual calculation; I think that's been described before. You are talking about somebody taking that information and assessing its quality, if you like, against the marketplace?

MR. O'REILLY: Yes, on an ongoing basis.

Q. No one was doing that, Mr. MacIntosh?

A. No one does that, Mr. O'Reilly; because Indian monies isn't set aside for someone to look at the specific rate of return on a daily basis. The funds from Indian monies, as you are aware, are part of the government operating cash in the CRF.

From time to time, people do look at the rate of return that is given to Indian monies. That's why it's been changed over since 1868 a number of times, as indicated in the listing that I gave you.

But no one sits down on a daily basis and looks at the specific rate of return on a portfolio of 400 million, say, for Samson.

[288] The Crown likewise made no attempt to hire outside advisors to assess the reasonableness of the rate of interest being paid:

Q. MR. O'REILLY: Well, did the department ever consider hiring or did they hire any professionals in the area of Finance, money markets, security, to do an analysis or a comparison of the rates of return on the Indian monies in relation to funds in the private sector?

A. Not that I know of while I was in this area, other than the people I have mentioned or talked to. Why would we, Mr. O'Reilly?

MR. MACLEOD: Well, let's not get into that.

Q. MR. O'REILLY: Well, you have testified, though, that you have had, on a number of occasions, Indian bands including Samson, who have complained that the rates of return were not high enough. You acknowledge that, you just acknowledged that this morning, I believe, Mr. MacIntosh?

A. That's correct.

M. MACLEOD : Sauf en ce qui concerne le processus que nous avons décrit et qui consistait à obtenir toutes les semaines des renseignements de la Banque du Canada et à faire le calcul proprement dit; je crois que ce processus a été décrit plus tôt. Vous parlez d'une personne qui aurait recueilli cette information et aurait évalué la qualité des données, si vous voulez, par rapport au rendement du marché?

M. O'REILLY : Oui, sur une base continue.

Q. Personne ne faisait ça, Monsieur MacIntosh?

R. Personne ne fait ça, Monsieur O'Reilly, parce que l'argent des Indiens n'est pas mis de côté pour qu'une personne examine le taux de rendement précis tous les jours. Comme vous le savez, les fonds provenant de l'argent des Indiens font partie des fonds d'exploitation du gouvernement détenus au Trésor.

Il arrive à l'occasion que des personnes vérifient le taux de rendement accordé sur l'argent des Indiens. C'est la raison pour laquelle le taux a été modifié à quelques reprises depuis 1868, comme vous pouvez le voir sur la liste que je vous ai donnée.

Mais personne n'examine tous les jours le taux de rendement précis d'un portefeuille de 400 000 000 \$, supposons, dans le cas de Samson.

[288] De plus, la Couronne n'a nullement cherché à retenir les services de conseillers de l'extérieur pour évaluer le caractère raisonnable du taux d'intérêt payé :

[TRADUCTION]

Q. M. O'REILLY : Le ministère a-t-il envisagé la possibilité d'engager ou a-t-il engagé des professionnels dans le domaine des finances, des marchés monétaires, des valeurs mobilières, afin de faire une analyse ou une comparaison des taux de rendement de l'argent des Indiens par rapport à ceux des fonds placés dans le secteur privé?

R. Pas d'après ce que j'ai pu observer lorsque je travaillais dans ce domaine, exception faite des personnes que j'ai mentionnées ou auxquelles j'ai parlé. Pourquoi ferions-nous ça, Monsieur O'Reilly?

M. MACLEOD : Bien, ne nous aventurons pas sur ce terrain-là.

Q. M. O'REILLY : Vous avez dit, toutefois, que certaines bandes indiennes, y compris Samson, se sont plaintes à quelques occasions du fait que les taux de rendement n'étaient pas suffisamment élevés. Vous reconnaissez ça, vous venez de reconnaître ce fait ce matin, je crois, Monsieur MacIntosh?

R. C'est exact.

Q. So, faced with those complaints, why did you not hire persons before Mr. Mundell, for instance, to do such a comparison?

A. Because we felt that the rate of return that we were giving, under the circumstances, was reasonable; no costs, no risk.

Q. But you hadn't checked that out with a report or verified that with a report like Mr. Mundell's report?

A. No.

Q. When you said you felt that the rates were reasonable, it was just based on the general information from Finance or was it based on your instinct or —

A. My instinct, what I read, the people I talked to.

[289] Moreover, the appellants presented expert evidence showing the additional moneys which they could have received if their moneys had been managed by a prudent trustee. For Samson, the estimates for such additional returns ranged from approximately \$239 million to approximately \$1.53 billion. For Ermineskin, the estimates ranged from approximately \$156 million to approximately \$217 million.

[290] There was voluminous expert evidence from many witnesses at the trial over an extended period of time. Some of this evidence was conflicting. The trial Judge, without canvassing this evidence, simply found that the rate of interest which the Crown paid was reasonable. In my view, it would be unwise for this Court to attempt to determine whether or not the rate of interest paid was reasonable without reviewing all of the evidence and giving reasons as to which evidence should be preferred. This would involve reviewing many exhibits, as well as what appear to be thousands of pages of transcript and then assessing that evidence without the benefit of seeing and hearing the evidence of the experts and without having the benefit of a finding by the trial Judge on the credibility of the various experts or indeed any adequate reasons of the trial Judge as to why he said the rate of interest was reasonable.

Q. Alors, compte tenu de ces plaintes, pourquoi n'avez-vous pas engagé de personnes avant M. Mundell, par exemple, pour faire une comparaison de cette nature?

R. Parce que nous estimions que le taux de rendement que nous donnions était raisonnable dans les circonstances : aucun coût et aucun risque.

Q. Mais vous n'aviez pas vérifié cette position avec un rapport semblable à celui de M. Mundell?

R. Non.

Q. Lorsque vous dites que vous estimiez que les taux étaient raisonnables, vous fondiez-vous simplement sur les renseignements généraux du ministère des Finances, sur votre instinct ou —

R. Sur mon instinct, sur ce que je lisais, sur les personnes auxquelles je parlais.

[289] Qui plus est, les appelants ont présenté une preuve d'expert montrant les sommes supplémentaires qu'ils auraient pu toucher si leur argent avait été administré par un fiduciaire prudent. Dans le cas de Samson, les estimations de ces rendements supplémentaires variaient d'environ 239 000 000 \$ à environ 1 530 000 000 \$ et, dans le cas d'Ermineskin, d'environ 156 000 000 \$ à environ 217 000 000 \$.

[290] De nombreux experts ont témoigné longuement à l'instruction et présenté une preuve abondante. Une partie de cette preuve était contradictoire. Le juge de première instance a simplement conclu que le taux d'intérêt que la Couronne payait était raisonnable sans analyser cette preuve. À mon avis, il ne serait pas sage de la part de la Cour d'appel fédérale de chercher à savoir si le taux d'intérêt payé était raisonnable ou non sans d'abord passer en revue l'ensemble de la preuve et expliquer les raisons pour lesquelles certains éléments de preuve devraient être préférés à d'autres. À cette fin, la Cour devrait examiner de nombreuses pièces et ce qui semble être des milliers de pages de transcription, puis évaluer cette preuve sans avoir pu observer et entendre les experts qui ont témoigné et sans connaître la conclusion du juge de première instance au sujet de la crédibilité des différents experts ni même avoir en main des motifs expliquant de façon satisfaisante la conclusion du juge de première instance selon laquelle le taux d'intérêt était raisonnable.

[291] By way of example, the evidence of just two of such experts was summarized as follows by counsel for Samson. It should be noted that several of these calculations are based on notional investment in bonds, just as the interest in fact paid by the Crown was based on a notional investment in bonds.

891. The additional returns that Samson would have received based on different calculation's [sic] carried out by Mr. Perreault and Mr. Williams are as follows:

- i) \$239 million—**SEI Median Large Plans**, after investment management fees (as at September 30, 2002)—the SEI Large Plans Universe is representative of pension plans that have in excess of \$250 million in assets. These plans invest their moneys in diversified portfolios of stocks and bonds, which investment strategy is recommended for moneys with a long-term horizon. [Updated to December 31, 2003—\$322 million.]
- ii) \$230 million—**SEI Median Balanced Funds**, after investment management fees (as at September 30, 2002)—the SEI Balanced Fund Universe is representative of performances obtained by individual investment counsellors having a balanced fund mandate. These plans invest their moneys in diversified portfolios of stocks and bonds, which investment strategy is recommended for moneys with a long-term horizon. [Updated to December 31, 2003—\$295 million.]
- iii) \$1.53 billion—**S&P 500 Index**, after investment management fees (as at September 30, 2002)—the Standard & Poor's 500 stock composite index is a capitalization-weighted index of 500 publicly traded stocks issued by U.S. companies. The index is converted to Canadian dollars. [Updated to December 31, 2003—\$1.74 billion.]
- iv) \$845 million—**MSCI EAFE Index**, after investment management fees (as at September 30, 2002)—the Morgan Stanley Europe, Australia, Far East stock market index is a capitalization-weighted index representing 20 developed countries outside of North America. The index is converted to Canadian dollars. [Updated to December 31, 2003—\$1.04 billion.]

[291] À titre d'exemple, l'avocat de Samson a résumé comme suit le témoignage de deux de ces experts. Il convient de souligner que plusieurs de ces calculs sont fondés sur un investissement fictif dans des obligations, tout comme l'intérêt effectivement payé par la Couronne était fondé sur un investissement fictif de cette nature.

[TRANSDUCTION]

891. Les rendements supplémentaires que Samson aurait obtenus d'après différents calculs effectués par M. Perreault et M. Williams sont les suivants :

- i) 239 000 000 \$—**Régimes de moyenne et grande tailles de SEI**, compte tenu des honoraires de gestion d'investissement (au 30 septembre 2002) — l'univers des régimes de grande taille de SEI représente les régimes de pension dont l'actif dépasse 250 000 000 \$. Ces régimes investissent dans des portefeuilles diversifiés d'actions et d'obligations, selon une stratégie d'investissement recommandée pour les sommes d'argent destinées à être placées à long terme. [Données mises à jour au 31 décembre 2003 — 322 000 000 \$.]
- ii) 230 000 000 \$—**Fonds équilibrés de taille moyenne de SEI**, compte tenu des honoraires de gestion d'investissement (au 30 septembre 2002) — l'univers des fonds équilibrés de SEI représente les rendements obtenus par différents conseillers en placement ayant pour mandat d'investir dans des fonds équilibrés. Ces régimes investissent dans des portefeuilles diversifiés d'actions et d'obligations selon une stratégie d'investissement recommandée pour les sommes d'argent destinées à être placées à long terme. [Données mises à jour au 31 décembre 2003 — 295 000 000 \$.]
- iii) 1 530 000 000 \$—**Indice S&P 500**, compte tenu des honoraires de gestion d'investissement (au 30 septembre 2002)—l'indice composite Standard & Poor's 500 est un indice de pondération par capitalisations de 500 actions cotées en bourse émises par des sociétés américaines. L'indice est converti en dollars canadiens. [Données mises à jour au 31 décembre 2003 — 1 740 000 000 \$.]
- iv) 845 000 000—**Indice MSCI EAFE**, compte tenu des honoraires de gestion d'investissement (au 30 septembre 2002)—l'indice Morgan Stanley pour l'Europe, l'Australie et l'Extrême-Orient est un indice de pondération par capitalisations représentant 20 pays développés situés à l'extérieur de l'Amérique du Nord. L'indice est converti en dollars canadiens. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—1 040 000 000 \$.]

- v) \$755 million—**MSCI World Index**, after investment management fees (as at September 30, 2002)—the Morgan Stanley World index is a capitalization weighted index representing 22 developed countries around the world. The index is converted to Canadian dollars. [Updated to December 31, 2003—\$894 million.]
- vi) \$395 million—**Long-term Government of Canada Bond Portfolio** (as at September 30, 2002)—this calculation represents what the total additional return would have been had Samson's moneys been notionally invested in long-term Government of Canada Bonds with terms to maturity of ten years or more. This calculation uses the same bonds used by the Crown in applying the Indian moneys methodology, however the bonds are notionally purchased and held to maturity. This has the effect of locking in the interest rates for the duration of the bond, as opposed to the Crown methodology which resulted in a floating rate of interest. [Updated to December 31, 2003—\$408 million.]
- vii) \$650 million—**formula approximating the return of Long-term Government of Canada Bond Portfolio** (as at September 30, 2002)—this calculation represents the additional return Samson would have received had a formula been used which captured the capital gains and losses and coupon interest from the same bonds used in the Indian moneys methodology. The calculation is based on the Scotia Capital Markets Long Term (Canada only) Bond Index. When a bond's maturity falls below ten years, it is dropped from the calculation. This is the main difference between this calculation and paragraph vi), above. [Updated to December 31, 2003—\$706 million.]
- viii) \$746 million—**Scotia Capital Markets Long Term Bond Index** (as at September 30, 2002)—this calculation represents the additional return Samson would have received had a formula been used to replicate the returns on this index. The index captures the capital gains and losses and coupon interest from the Government of Canada, provincial and corporate bonds with terms to maturity of 10 years and more which comprise this Index. [Updated to December 31, 2003—\$836 million.]
- ix) \$445 million—**Scotia Capital Markets Universe Bond Index** (as at September 30, 2002)—this calculation
- v) 755 000 000 \$—**Indice MSCI World**, compte tenu des honoraires de gestion d'investissement (au 30 septembre 2002)—l'indice Morgan Stanley World est un indice de pondération par capitalisations représentant 22 pays développés situés un peu partout sur la planète. L'indice est converti en dollars canadiens. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—894 000 000 \$.]
- vi) 395 000 000 \$—**Portefeuille d'obligations à long terme du gouvernement du Canada** (au 30 septembre 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel total supplémentaire qui aurait été obtenu si l'argent de Samson avait été investi de façon fictive dans des obligations à long terme du gouvernement du Canada à échéance d'au moins dix ans. Ce calcul est fondé sur les mêmes obligations que la Couronne utilise pour le régime appliqué à l'argent des Indiens; cependant, les obligations sont achetées de façon fictive et détenues jusqu'à l'échéance, ce qui a pour effet de bloquer les taux d'intérêt pendant la durée de l'obligation, alors que la méthodologie de la Couronne donnait lieu à un taux d'intérêt flottant. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—408 000 000 \$.]
- vii) 650 000 000 \$—**formule donnant approximativement le rendement du portefeuille d'obligations à long terme du gouvernement du Canada** (au 30 septembre 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel que Samson aurait reçu si une formule tenant compte des gains et pertes en capital et des intérêts sur coupons des mêmes obligations utilisées dans le régime appliqué à l'argent des Indiens avait été employée. Le calcul est fondé sur l'indice obligataire à long terme Marchés des capitaux Scotia (Canada seulement). Lorsque l'échéance d'une obligation devient inférieure à dix ans, elle est supprimée du calcul. C'est là la principale différence entre ce calcul et celui de l'alinéa vi) qui précède. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—706 000 000 \$.]
- viii) 746 000 000 \$—**Indice obligataire à long terme Marché des capitaux Scotia**—(au 30 septembre 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel que Samson aurait reçu si une formule reproduisant les rendements de cet indice avait été utilisée. L'indice couvre les gains et pertes en capital et les intérêts sur coupons des obligations du gouvernement du Canada, des obligations provinciales et des obligations des sociétés à échéance d'au moins dix ans dont il se compose. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—836 000 000 \$.]
- ix) 445 000 000 \$—**Indice obligataire universel Marchés des capitaux Scotia** (au 30 septembre 2002)—ce calcul

represents the additional return Samson would have received had a formula been used to replicate the returns on this index. The index captures the capital gains and losses and coupon interest from the short-term (47%), mid-term (27%) and long-term (26%) bonds which comprise this Index. [Updated to December 31, 2003—\$477 million.]

- x) \$327 million—**Simulated 15-year Government of Canada Bond portfolio** (as at September 30, 2002)—this calculation represents what the total accumulated additional dollar return, including the market value of the notional bonds, would have been if the interest rates actually used for crediting interest to Samson's moneys had been locked in for a period of 15 years. [Updated to December 31, 2003—\$343 million.]
- xi) \$365 million—**Simulated 17-year Government of Canada Bond portfolio** (as at September 30, 2002)—this calculation represents what the total accumulated additional dollar return, including the market value of the notional bonds, would have been if the interest rates actually used for crediting interest to Samson's moneys had been locked in for a period of 17 years. [Updated to December 31, 2003—\$394 million.]
- xii) \$618 million—**PSSA interest rate methodology** (as at June 30, 2002)—this calculation represents the additional return Samson would have received had the PSSA formula been used to credit interest on Samson's account. This approximates the return which would have been achieved had Samson's moneys been locked in to 20-year bonds.

représente le rendement additionnel que Samson aurait reçu si une formule reproduisant les rendements de cet indice avait été utilisée. L'indice couvre les gains et pertes en capital et les intérêts sur coupons des obligations à court terme (47 p. 100), à moyen terme (27 p. 100) et à long terme (26 p. 100) dont il se compose. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—477 000 000\$.]

- x) 327 000 000 \$—**Portefeuille simulé d'obligations du gouvernement du Canada** à échéance de 15 ans (au 30 septembre 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel cumulé total, y compris la valeur marchande des obligations fictives, qui aurait été obtenu si les taux d'intérêt utilisés pour allouer des intérêts sur l'argent de Samson avaient été bloqués pendant une période de 15 ans. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—343 000 000 \$.]
- xi) 365 000 000 \$—**Portefeuille simulé d'obligations du gouvernement du Canada** à échéance de 17 ans (au 30 septembre 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel cumulé total, y compris la valeur marchande des obligations fictives qui aurait été obtenu si les taux d'intérêt utilisés pour allouer des intérêts sur l'argent de Samson avaient été bloqués pendant une période de 17 ans. [Données mises à jour au 31 décembre 2003—394 000 000 \$.]
- xii) 618 000 000 \$—**Méthodologie du taux d'intérêt du CPRFP** (au 30 juin 2002)—ce calcul représente le rendement additionnel que Samson aurait reçu si la formule du CPRFP avait été utilisée pour allouer des intérêts au compte de Samson. Il s'agit du rendement approximatif que Samson aurait obtenu si son argent avait été investi dans des obligations à échéance de 20 ans.

[292] The Crown likewise spent considerable time addressing this issue. In its factum it utilized at least 30 pages discussing it.

[293] Perhaps the clearest way of graphically showing the divergence of views is to show them by reference to an exhibit, which illustrates how the rates of return obtained by the Crown for the Bands compared with other rates of return.

[292] La Couronne s'est également longuement attardée à cette question et y consacre au moins 30 pages dans son mémoire.

[293] La façon la plus claire de montrer de façon graphique la divergence d'opinions est peut-être de présenter celles-ci à l'aide d'une pièce qui illustre comment les taux de rendement que la Couronne a obtenus pour les bandes se comparaient à d'autres taux de rendement.

ANNUALIZED RATES OF RETURN  
FOR PERIODS ENDING DECEMBER 31, 1999

	30 YRS	25 YRS	20 YRS	15 YRS	10 YRS	8 YRS	7 YRS	6 YRS	5 YRS	4 YRS	3 YRS	2 YRS	1 YR
<b>SAMSON CREE</b>													
NATION RATE	9.3	9.8	9.9	8.8	8.0	7.4	7.2	7.1	6.8	6.4	5.9	5.6	5.7
<b>ERMINESKIN CREE</b>													
NATION RATE	9.4	9.8	10.0	8.8	8.1	7.5	7.2	7.1	6.8	6.4	5.9	5.7	5.8
<b>MAJOR MARKET INDICES</b>													
TSE 300 <sup>1</sup>	11.0	13.4	11.3	11.7	10.6	14.0	16.4	13.9	17.0	17.6	14.2	13.8	31.7
S&P 500 <sup>2</sup>	14.8	19.0	19.1	19.6	20.8	23.1	23.7	25.4	29.3	28.2	29.8	25.3	13.9
EAFE <sup>3</sup>	13.5	16.7	15.5	16.7	9.5	14.2	16.9	13.7	13.6	15.0	18.0	24.	20.0
WORLD <sup>4</sup>	12.9	16.7	16.3	17.2	14.0	18.1	20.2	19.0	20.6	21.4	24.0	25.5	18.0
SCM UNIVERSE <sup>5</sup>	N/A	N/A	11.6	10.8	10.1	9.0	8.9	7.4	9.9	7.4	5.8	3.9	-1.1
SCM LONG TERM <sup>6</sup>	10.9	11.7	12.6	12.4	11.6	10.9	10.8	9.0	12.6	9.4	7.9	3.0	-6.0
SCM L-T (CANADA ONLY) <sup>7</sup>	N/A	N/A	12.5	12.3	11.3	10.6	10.4	8.8	12.5	9.4	8.1	3.2	-6.7
SCM 91-DAY T-BILLS <sup>8</sup>	8.5	9.1	9.2	7.7	6.6	5.4	5.1	5.1	5.0	4.4	4.2	4.7	4.7
<b>SEI MEDIAN RETURNS</b>													
<b>CANADIAN EQUITIES</b>													
	N/A	N/A	12.6	12.6	11.0	14.0	15.8	13.2	16.3	16.9	12.6	11.0	24.1
<b>FOREIGN EQUITIES</b>													
	N/A	N/A	17.7	17.0	17.5	18.8	19.2	18.9	21.0	20.8	22.1	21.0	17.0
<b>FIXED INCOME</b>													
	N/A	N/A	11.7	10.8	10.2	9.1	8.9	7.4	10.0	7.4	5.8	3.9	-1.3
<b>BALANCED FUNDS</b>													
	N/A	N/A	12.1	12.4	11.7	12.1	13.1	11.5	14.4	13.5	11.3	9.9	11.4
<b>ENDOWMENTS &amp; FOUNDATIONS</b>													
	N/A	N/A	N/A	N/A	12.3	12.5	13.1	11.9	14.8	14.0	11.8	10.1	10.4



LARGE PLANS      N/A   N/A   12.3   12.0   11.2   12.0   12.9   11.7   14.3   13.4   11.8   10.4   12.1

<sup>1</sup> TSE 300 Index — A capitalization-weighted index of the 300 most actively traded and largest market capitalization stocks on the Toronto Stock Exchange.

<sup>2</sup> S&P 500 Index — *Standard & Poor's 500* stock composite index is a capitalization-weighted index of 500 publicly traded stocks issued by U.S. companies. The index is converted to Canadian dollars.

<sup>3</sup> Morgan Stanley EAFE Index — *The Morgan Stanley Europe, Australia, Far East* stock market index is a capitalization-weighted index representing 20 developed countries outside of North American. It is also converted to Canadian dollars.

<sup>4</sup> Morgan Stanley World Index — *The Morgan Stanley World* index is a capitalization-weighted index representing— 22 developed countries around the world. It is also converted to Canadian dollars.

<sup>5</sup> Scotia Capital Markets Universe Bond Index — *The Scotia Capital Markets Universe* bond index is a capitalization-weighted index of Canadian bonds with terms to maturity of one year and more. The index is comprised of 47.4% short-term bonds (from 1 to 5 years) 27.1% mid-term bonds (from 5 to 10 years), and 25.5% long-term bonds (over 10 years left to maturity) at December 1999.

<sup>6</sup> Scotia Capital Markets Long Term Bond Index — *The Scotia Capital Markets Long Term* bond index is a capitalization-weighted index of Canadian bonds with terms to maturity of 10 years and more. The index is comprised of 48.6% Government of Canada bonds, 34.2% provincial bonds and 17.2% corporate bonds at December 1999.

<sup>7</sup> SCM Long Term (Canada Only) — *The Scotia Capital Markets Long Term (Canada only)* bond index is a sub-set of the Long Term Bond Index. The index is comprised of Government of Canada bonds with terms to maturity of 10 years and over.

<sup>8</sup> Scotia Capital Markets 91-day Treasury Bills — *Government of Canada 91-day Treasury Bills* as calculated by Scotia Capital Markets.

\* All major indices presented in this report reflect Total Return, they include both price appreciation and income. Morgan Stanley reflect Total Returns net of dividend withholding taxes.

TAUX DE RENDEMENT ANNUALISÉS  
POUR LES PÉRIODES SE TERMINANT LE 31 DÉCEMBRE 1999

	30	25	20	15	10	8	7	6	5	4	3	2	1
	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	ANS	AN
TAUX DE LA NATION CRIE DE SAMSON	9,3	9,8	9,9	8,8	8	7,4	7,2	7,1	6,8	6,4	5,9	5,6	5,7
TAUX DE LA NATION CRIE D'ERMINESKIN	9,4	9,8	10	8,8	8,1	7,5	7,2	7,1	6,8	6,4	5,9	5,7	5,8
PRINCIPAUX INDICES DU MARCHÉ													
TSE 300 <sup>1</sup>	11	13,4	11,3	11,7	10,6	14	16,4	13,9	17	17,6	14,2	13,8	31,7

S&P 500 <sup>2</sup>	14,8	19	19,1	19,6	20,8	23,1	23,7	25,4	29,3	28,2	29,8	25,3	13,9
EAFE <sup>3</sup>	13,5	16,7	15,5	16,7	9,5	14,2	16,9	13,7	13,6	15	18	24,3	20
MONDE <sup>4</sup>	12,9	16,7	16,3	17,2	14	18,1	20,2	19	20,6	21,4	24	25,5	18
MCS UNIVERSEL <sup>5</sup>	s. o.	s. o.	11,6	10,8	10,1	9	8,9	7,4	9,9	7,4	5,8	3,9	-1,1
MCS LONG TERME <sup>6</sup>	10,9	11,7	12,6	12,4	11,6	10,9	10,8	9	12,6	9,4	7,9	3	-6
MCS LONG TERME (CANADA SEULEMENT) <sup>7</sup>	s. o.	s. o.	12,5	12,3	11,3	10,6	10,4	8,8	12,5	9,4	8,1	3,2	-6,7
MCS BONS DU TRÉSOR (91 JOURS) <sup>8</sup>	8,5	9,1	9,2	7,7	6,6	5,4	5,1	5,1	5	4,4	4,2	4,7	4,7
RENDEMENTS MOYENS DE SEI													
TITRES CANADIENS	s. o.	s. o.	12,6	12,6	11	14	15,8	13,2	16,3	16,9	12,6	11	24,1
TITRES ÉTRANGERS	s. o.	s. o.	17,7	17	17,5	18,8	19,2	18,9	21	20,8	22,1	21	17
REVENU FIXE	s. o.	s. o.	11,7	10,8	10,2	9,1	8,9	7,4	10	7,4	5,8	3,9	-1,3
FONDS ÉQUILIBRÉS	s. o.	s. o.	12,1	12,4	11,7	12,1	13,1	11,5	14,4	13,5	11,3	9,9	11,4
FONDS DE DOTATION ET FONDATIONS	s. o.	s. o.	s. o.	s. o.	12,3	12,5	13,1	11,9	14,8	14	11,8	10,1	10,4
RÉGIMES DE GRANDE TAILLE	s. o.	s. o.	12,3	12	11,2	12	12,9	11,7	14,3	13,4	11,8	10,4	12,1

<sup>1</sup>Indice S&P 500—Indice de pondération par capitalisations des 300 actions qui sont le plus activement négociées et qui présentent la meilleure capitalisation boursière à la Bourse de Toronto.

<sup>2</sup>Indice S&P 500—L'indice composite *Standard & Poor's 500* est un indice de pondération par capitalisations de 500 actions cotées en bourse émises par des sociétés américaines. L'indice est converti en dollars canadiens.

<sup>3</sup>Indice Morgan Stanley EAFE—L'indice *Morgan Stanley pour l'Europe, l'Australie et l'Extrême-Orient* est un indice de pondération par capitalisations représentant 20 pays développés situés à l'extérieur de l'Amérique du Nord. Il est également converti en dollars canadiens.

<sup>4</sup>Indice Morgan Stanley World—L'indice *Morgan Stanley World* est un indice de pondération par capitalisations

représentant 22 pays développés situés un peu partout sur la planète. Il est également converti en dollars canadiens.

<sup>5</sup>Indice obligataire universel Marchés des capitaux Scotia—L'indice obligataire universel *Marché des capitaux Scotia* est un indice de pondération par capitalisations d'obligations canadiennes à échéance d'au moins un an. L'indice se compose de 47,4 p. 100 d'obligations à court terme (à échéance d'un à cinq ans), de 27,1 p. 100 d'obligations à moyen terme (à échéance de cinq à dix ans) et de 25,5 p. 100 d'obligations à long terme (à échéance de plus de dix ans) en décembre 1999.

<sup>6</sup>Indice obligataire à long terme Marchés des capitaux Scotia—*l'indice obligataire à long terme Marchés des capitaux Scotia* est un indice de pondération par capitalisations composé d'obligations canadiennes à échéance d'au moins dix ans. L'indice se compose de 48,6 p. 100 d'obligations du gouvernement du Canada, de 34,2 p. 100 d'obligations provinciales et de 17,2 p. 100 d'obligations de sociétés en décembre 1999.

<sup>7</sup>Indice obligataire à long terme MCS (Canada seulement)—*l'indice obligataire à long terme Marchés des capitaux Scotia (Canada seulement)* est un sous-ensemble de l'indice obligataire à long terme. Il se compose d'obligations du gouvernement du Canada à échéance d'au moins dix ans.

<sup>8</sup>Marchés des capitaux Scotia bons du Trésor (91 jours)—*bons du Trésor à 91 jours du gouvernement du Canada* d'après les calculs de Marchés des capitaux Scotia.

\*Les principaux indices figurant dans le présent rapport traduisent le rendement total et comprennent l'accroissement des prix et le revenu. Les indices Morgan Stanley traduisent les rendements totaux, déduction faite des retenues fiscales sur les dividendes.

[294] Even small changes in the rates of return achieved are significant and therefore it is important for the Court to be accurate when assessing whether the rate of return was reasonable. In his testimony at trial, Donald McDougall, an expert called by the appellants, stated:

. . . an investment manager in a bond mandate would get terminated for underperforming the Scotia universe index by a half a percent over four or five years. That manager would get fired on the spot for underperformance, all things being equal.

[295] Keith Ambachtsheer, a Crown expert, agreed that a 0.66 percent return increment represented a highly material difference. It could represent a difference in the millions of dollars.

Q. And so I take it that you would agree with respect to a large fund with a long-term horizon, a difference of less than 1 percent, to be precise, .66 percent basis points, is a highly material difference; is that correct?

A. Yes it is.

[294] Même les variations mineures des taux de rendement obtenus ont des effets importants et la Cour doit donc en tenir compte pour évaluer correctement la mesure dans laquelle le taux de rendement était raisonnable. Lorsqu'il a témoigné à l'instruction, Donald McDougall, témoin expert des appelants, s'est exprimé comme suit :

[TRADUCTION] [. . .] le gestionnaire de placement qui aurait investi dans des obligations serait renvoyé parce qu'il aurait obtenu un rendement inférieur d'un demi pour cent à celui de l'indice universel Scotia sur une période de quatre ou cinq ans. Ce gestionnaire serait congédié sur-le-champ pour cause de rendement insatisfaisant, toutes choses étant égales par ailleurs.

[295] Keith Ambachtsheer, témoin expert de la Couronne, a reconnu qu'un accroissement de rendement de 0,66 p. 100 représentait une différence majeure qui pouvait se chiffrer en millions de dollars :

[TRADUCTION]

Q. Et vous seriez d'accord pour dire que, dans le cas d'un fonds de grande taille ayant un horizon à long terme, une différence de moins de 1 p. 100, plus précisément de 0,66 p. 100, est une différence très importante; est-ce exact?

R. Oui, c'est exact.

[296] It is therefore far from clear that the rate of return on the appellants' moneys was reasonable.

#### V. Section 15 of the Charter

[297] Because I have concluded that the Crown breached its duty to invest, it is not strictly speaking necessary for me to deal with the appellants' submission that the legislation relied upon by the Crown violates subsection 15(1) of the Charter. However, there is a principle that legislation should be interpreted so as to be in accord with the Charter (see e.g. Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed. (Markham: Butterworths, 2002), at page 367). McLachlin J. (as she then was), in *R. v. Zundel*, [1992] 2 S.C.R. 731, at page 771, reviewed the case law on this point and concluded as follows:

These authorities confirm the following basic propositions: that the common law should develop in accordance with the values of the *Charter* (*Salituro, supra*, at p. 675), and that where a legislative provision, on a reasonable interpretation of its history and on the plain reading of its text, is subject to two equally persuasive interpretations, the Court should adopt that interpretation which accords with the *Charter* and the values to which it gives expression (*Hills and Slaight, supra*).

Likewise, in *R. v. Sharpe*, [2001] 1 S.C.R. 45, at paragraph 33, McLachlin C.J. stated: "If a legislative provision can be read both in a way that is constitutional and in a way that is not, the former reading should be adopted."

[298] This principle supports the interpretation I have placed on the legislation. In my view, the interpretation adopted by the trial Judge would result in a breach of the appellants' rights under subsection 15(1) of the Charter. Subsection 15(1) provides as follows:

**15. (1)** Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour,

[296] Il est donc loin d'être certain que le taux de rendement de l'argent des appelants était raisonnable.

#### V. L'article 15 de la Charte

[297] Étant donné que j'en suis arrivé à la conclusion que la Couronne avait commis un manquement à son obligation d'investir, il n'est pas nécessaire, à vrai dire, que j'examine l'argument des appelants selon lequel le texte législatif invoqué par la Couronne va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. Cependant, selon un principe établi, la législation devrait recevoir une interprétation qui concorde avec la Charte (voir, par exemple, Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd. (Markham : Butterworths, 2002), à la page 367). Dans *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731, à la page 771, la juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef de la Cour suprême du Canada) a passé en revue la jurisprudence sur ce point et a conclu comme suit :

Ces arrêts confirment les propositions fondamentales suivantes : que la common law devrait évoluer en conformité avec les valeurs de la *Charte* (*Salituro*, précité, à la p. 675) et que, lorsqu'une disposition législative, selon une interprétation raisonnable de son historique et une simple lecture de son texte, est soumise à deux interprétations également convaincantes, la Cour devrait adopter l'interprétation qui concorde avec la *Charte* et les valeurs qui y figurent (*Hills et Slaight*, précités).

Dans la même veine, dans *R. c. Sharpe*, [2001] 1 R.C.S. 45, au paragraphe 33, la juge en chef McLachlin s'est exprimée comme suit : « Lorsqu'une disposition législative peut être jugée inconstitutionnelle selon une interprétation et constitutionnelle selon une autre, cette dernière doit être retenue ».

[298] Ce principe appuie l'interprétation que j'ai donnée au texte législatif. À mon avis, l'interprétation retenue par le juge de première instance donnerait lieu à une atteinte aux droits que le paragraphe 15(1) de la Charte reconnaît aux appelants. Voici le texte du paragraphe 15(1) :

**15. (1)** La loi ne fait acception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la

religion, sex, age or mental or physical disability.

[299] Concluding that the Crown has no duty or power to invest the Indian moneys would subject Indians, who must deal with the Crown as their trustee, to inferior treatment merely because of their Indian status and membership in an Indian band. This would appear to constitute discriminatory treatment on the part of the government in violation of subsection 15(1) of the Charter on the basis of race, or national or ethnic origin.

[300] The respondents argue that the appellants lack standing to bring a subsection 15(1) claim. The respondents say that the trial Judge was correct in holding that because subsection 15(1) refers to an “individual” and an Indian band is not an individual, the Bands had no standing to bring the subsection 15(1) claim. Moreover, the Crown submits that because collective rights, not individual rights, are at issue, no subsection 15(1) argument can be made. The appellants, on the other hand, stress that the actions in this case are representative actions on behalf of all individual members of the Samson and Ermineskin Nations. Accordingly, there is no bar to the applicability of subsection 15(1) to this action. For the reasons that follow, I agree with the appellants that because this action was brought on behalf of all individual members of the Bands, they have standing to maintain a subsection 15(1) claim. Furthermore, the fact that collective rights are at issue is not a bar to the applicability of the Charter.

[301] The trial Judge disposed of the appellants' section 15 claim by relying on the holding of the British Columbia Supreme Court in *Nechako Lakes School District No. 91 v. Patrick*, wherein Garson J. held that because Indian bands are not individuals, section 15 does not apply to them. Not only am I not bound by the decision in *Nechako Lakes*, I need not consider the question of whether Indian bands can validly bring a

race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

[299] Conclure que la Couronne n'avait pas le pouvoir ou le devoir d'investir l'argent des Indiens aurait pour effet d'exposer ceux-ci, qui doivent accepter la Couronne comme leur fiduciaire, à un traitement inférieur simplement en raison de leur statut d'Indiens et de leur appartenance à une bande indienne. Ce traitement semblerait constituer un traitement discriminatoire de la part du gouvernement lequel traitement irait à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte, parce qu'il s'agirait d'une forme de discrimination fondée sur la race ou sur l'origine nationale ou ethnique.

[300] Les intimés soutiennent que les appelants n'ont pas la qualité voulue pour formuler une allégation fondée sur le paragraphe 15(1). Selon les intimés, le juge de première instance a eu raison de conclure que, étant donné qu'une bande indienne n'est pas un particulier visé par la Charte, les bandes n'avaient pas qualité pour formuler cette allégation. La Couronne ajoute que, étant donné que les droits en cause sont des droits collectifs et non individuels, aucun argument fondé sur le paragraphe 15(1) ne peut être invoqué. Pour leur part, les appelants répondent que les actions intentées en l'espèce sont des recours collectifs exercés au nom de tous les particuliers membres des nations de Samson et d'Ermineskin. En conséquence, il n'y a aucun obstacle à l'applicabilité du paragraphe 15(1) à la présente affaire. Pour les raisons exposées ci-après, je conviens avec les appelants que, étant donné que l'action en l'espèce a été intentée pour le compte de tous les particuliers membres des bandes, celles-ci ont la qualité voulue pour formuler une allégation fondée sur le paragraphe 15(1). De plus, le fait que les droits en cause sont des droits collectifs ne constitue pas un obstacle à l'applicabilité de la Charte.

[301] Le juge de première instance a tranché l'allégation des appelants fondée sur l'article 15 en invoquant la décision que la Cour suprême de la Colombie-Britannique a rendue dans *Nechako Lakes School District No. 91 c. Patrick*, où le juge Garson a conclu que, étant donné que les bandes indiennes ne sont pas des particuliers, l'article 15 ne s'applique pas à elles. Non seulement ne suis-je pas lié par la décision

subsection 15(1) claim in their own name, because in the present case, the action is brought on behalf of each individual Band member. As this Court held in *Ardoch Algonquin First Nation v. Canada (Attorney General)*, [2004] 2 F.C.R. 108 (F.C.A.), at paragraph 23, while section 15 may not apply to collectivities, it certainly applies to individuals:

. . . the section 15 guarantee of equality only extends to individuals. As a result, the two respondent organizations, Ardoch and ACW, would appear to lack standing to bring a section 15 claim. However, the individual respondents clearly do have standing to bring such a claim and an appropriate remedy may still be granted if they successfully establish that their rights have been infringed. [Emphasis added.]

[302] The same reasoning was applied by Kelen J. in *Métis National Council of Women v. Canada (Attorney General)*, [2005] 4 F.C.R. 272 (F.C.), at paragraph 50, affd [2006] 2 C.N.L.R. 99 (F.C.A.). There he was faced with a claim of discrimination by the Métis National Council of Women (MNCW), an incorporated non-profit organization. Although the Council itself did not enjoy section 15 rights, Kelen J. held that the MNCW nevertheless had standing to bring a section 15 claim on behalf of the individual women it represents:

The difficulty with the applicants' argument is that it is premised solely on the exclusion of the MNCW which, as a corporation, does not enjoy equality rights under the Charter nor does it have innate personal characteristics. See *Ardoch* (F.C.A.), at paragraph 23. Thus the fact that the MNCW has been excluded does not by itself demonstrate that there has been differential treatment within the meaning of subsection 15(1). In my view, to establish differential treatment the applicants have to demonstrate that the exclusion of the MNCW from negotiations and bilateral agreements has the effect of treating the individual applicant or Métis women in general differently on the basis of gender. To accomplish this, the applicants first have to demonstrate that MNCW represents the interests of Métis women and second, that the

rendue dans *Nechako Lakes*, mais il n'est pas nécessaire que je m'attarde à la question de savoir si les bandes indiennes peuvent valablement formuler une allégation fondée sur le paragraphe 15(1) en leur propre nom parce que, dans la présente affaire, l'action est intentée au nom de chacun des membres des bandes. Comme la Cour d'appel fédérale en a décidé dans *Première nation algonquine d'Ardoch c. Canada (Procureur général)*, [2004] 2 R.C.F. 108 (C.A.F.), au paragraphe 23, bien que l'article 15 ne s'applique peut-être pas aux collectivités, il s'applique certainement aux particuliers :

[. . .] les droits à l'égalité garantis par l'article 15 ne concernent que les personnes physiques. En conséquence, les deux organisations intimées, Ardoch et le CAW, n'ont probablement pas qualité pour alléguer un manquement à l'article 15. Cependant, les intimés personnes physiques ont manifestement qualité pour alléguer un tel manquement, et une réparation peut encore leur être accordée s'ils réussissent à établir que leurs droits ont été lésés. [Non souligné dans l'original.]

[302] Dans *Conseil national des femmes métisses c. Canada (Procureur général)*, [2005] 4 R.C.F. 272 (C.F.), au paragraphe 50, décision confirmée par 2006 CAF 77, le juge Kelen a suivi le même raisonnement. Dans cette affaire, il était saisi d'une allégation de discrimination formulée par le Conseil national des femmes métisses (CNFM), organisme à but non lucratif constitué en personne morale. Même si le Conseil lui-même ne pouvait invoquer aucun des droits prévus à l'article 15, le juge Kelen a décidé qu'il avait néanmoins la qualité voulue pour alléguer un manquement à l'article 15 pour le compte des femmes qu'il représente :

La difficulté que pose l'argument des demandeurs, c'est qu'il s'appuie uniquement sur l'exclusion du CNFM, lequel, en tant que personne morale, ne jouit pas des droits à l'égalité prévus par la Charte ni ne possède de caractéristiques personnelles propres. Voir l'arrêt *Ardoch* (C.A.F.), au paragraphe 23. L'exclusion du CNFM ne prouve donc pas en soi qu'il y a eu différence de traitement au sens du paragraphe 15(1). À mon avis, pour établir une différence de traitement, les demandeurs doivent montrer que l'exclusion du CNFM des négociations et des ententes bilatérales a pour effet de traiter la demanderesse ou les femmes métisses en général différemment en raison de leur sexe. Pour y parvenir, les demandeurs doivent d'abord montrer que le CNFM représente les intérêts des femmes métisses et ensuite que le RNM, qui

MNC, which purports to represent all Métis people, does not adequately represent the needs and interests of Métis women.

[303] In upholding Kelen J.'s reasons, Sharlow J.A. for this Court, at paragraph 7, further emphasized that when rights are asserted on behalf of individuals by a representative, as they are in this case, relief under section 15 is available, provided the factual elements of discrimination are present:

The Charter rights that the appellants claim have been breached are rights that can be asserted only by or on behalf of an individual. However, it is part of the foundation of the appellants' case that the MNCW, through the various Métis women's organizations that comprise its membership, represents all or at least a substantial number of Métis women in Canada.

[304] The individual band members clearly have an interest in the moneys owned by the band in common for all members. As Rothstein J.A. (as he then was) held in *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, at paragraph 16: "an individual member of a band has an interest in association with, but not independent of, the interest of the other members of the band." Therefore, their representatives have standing to bring a section 15 claim.

[305] The next question is whether the fact that collective rights are at issue in any event bars their access to section 15. The answer to this question lies in a review of the Supreme Court of Canada's decision in *Lovelace v. Ontario*, [2000] 1 S.C.R. 950 (*Lovelace*). In *Lovelace*, a number of Aboriginal communities, none of which constituted bands under the *Indian Act* regime, brought an action against the Province of Ontario alleging discrimination under subsection 15(1) of the Charter. The Province had established a fund from which the profits from Casino Rama would be distributed to First Nations. As in the present case, therefore, the right at issue was a collective right. However, only those First Nations registered as bands under the *Indian Act* qualified for the distribution,

prétend représenter toutes les populations métisses, ne répond pas aux besoins et aux intérêts des femmes métisses.

[303] Confirmant les motifs du juge Kelen, la juge Sharlow, au paragraphe 7, qui a rédigé le jugement de la Cour d'appel fédérale, a ajouté que, lorsqu'un représentant de personnes physiques fait valoir des droits en leur nom, comme c'est le cas en l'espèce, l'article 15 peut être invoqué, pourvu que les éléments factuels de la discrimination soient présents :

Les droits de la Charte qui, selon les demandeurs, n'auraient pas été respectés sont des droits qui ne peuvent être revendiqués que par une personne ou au nom d'une personne. Cependant, la demande était fondée en partie sur le fait que, par le truchement des diverses organisations de femmes métisses qui en sont membres, le CNFM représente toutes les femmes métisses du Canada, ou au moins un grand nombre d'entre elles.

[304] Les personnes qui font partie de la bande ont manifestement un droit sur l'argent que celle-ci possède pour l'ensemble de ses membres. Comme l'a dit le juge Rothstein (aujourd'hui juge de la Cour suprême du Canada) dans *Bande indienne de Blueberry River c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, au paragraphe 16 : « un membre déterminé de la bande possède un droit conjointement avec les autres membres de la bande mais pas indépendamment d'eux ». En conséquence, les représentants de ces membres ont qualité pour invoquer un manquement à l'article 15.

[305] La prochaine question qui se pose est de savoir si le fait que les droits en cause sont des droits collectifs constitue un obstacle à l'applicabilité de l'article 15. Pour répondre à cette question, il convient d'examiner le jugement que la Cour suprême du Canada a rendu dans *Lovelace c. Ontario*, [2000] 1 R.C.S. 950 (*Lovelace*). Dans cette affaire, un certain nombre de communautés autochtones dont aucune ne constituait une bande visée par le régime de la *Loi sur les Indiens* ont intenté une action contre la province de l'Ontario, soutenant qu'elles avaient fait l'objet de discrimination au sens du paragraphe 15(1) de la Charte. La province avait constitué un fonds à même lequel les profits tirés du Casino Rama devaient être puisés pour être distribués aux Premières nations. En conséquence, comme c'est le

thereby excluding the plaintiff Aboriginal communities. Although the Supreme Court was ultimately unable to find that there had been impermissible discrimination, it did not reject the claim outright on the basis that it was brought by groups of individuals or because it involved collective rights. In fact, the Supreme Court's analysis selects bands as the appropriate comparator group for the claims of the non-band communities (*Lovelace*, at paragraph 64).

[306] Once it is established that individual band members are entitled to claim discrimination under section 15 of the Charter in relation to collective rights, the substance of the section 15 claim must be evaluated. In *Law v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, [1999] 1 S.C.R. 497 (*Law*), the Supreme Court of Canada set out guidelines for analysis under subsection 15(1). According to the Court, at paragraph 88, the purpose of the equality guarantee is to prevent the violation of essential human dignity:

In general terms, the purpose of s. 15(1) is to prevent the violation of essential human dignity and freedom through the imposition of disadvantage, stereotyping, or political or social prejudice, and to promote a society in which all persons enjoy equal recognition at law as human beings or as members of Canadian society, equally capable and equally deserving of concern, respect and consideration.

[307] Iacobucci J., at paragraph 53, went on to describe the type of law that would violate human dignity:

Human dignity is harmed when individuals and groups are marginalized, ignored, or devalued, and is enhanced when laws recognize the full place of all individuals and groups within Canadian society. Human dignity within the meaning of the equality guarantee does not relate to the status or position of an individual in society *per se*, but rather concerns the manner in which a person legitimately feels when confronted with a particular law. Does the law treat him or her unfairly, taking into account all of the circumstances regarding

cas en l'espèce, le droit en cause était un droit collectif. Cependant, seules les Premières nations inscrites à titre de bandes en vertu de la *Loi sur les Indiens* étaient admissibles à recevoir une partie de la distribution, ce qui excluait les collectivités autochtones demandereses. Même si la Cour suprême n'a pu conclure en bout de ligne qu'il y avait eu discrimination inacceptable, elle n'a pas rejeté l'allégation dès le départ au motif qu'elle avait été formulée par des groupes de personnes ou qu'elle concernait des droits collectifs. En fait, la Cour suprême choisit dans son analyse les bandes comme élément de comparaison approprié en ce qui concerne les allégations des communautés non constituées en bandes (*Lovelace*, au paragraphe 64).

[306] Une fois qu'il est établi que les personnes membres d'une bande ont le droit d'alléguer un manquement à l'article 15 de la Charte relativement à des droits collectifs, il faut maintenant évaluer le bien-fondé de cet argument. Dans *Law c. Canada (Ministre de l'Emploi et de l'Immigration)*, [1999] 1 R.C.S. 497 (*Law*), la Cour suprême du Canada énonce les critères devant servir aux analyses fondées sur le paragraphe 15(1). Selon la Cour, au paragraphe 88, la garantie à l'égalité a pour but d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité humaine essentielle :

En termes généraux, l'objet du par. 15(1) est d'empêcher qu'il y ait atteinte à la dignité et à la liberté humaines essentielles au moyen de l'imposition de désavantages, de stéréotypes ou de préjugés politiques ou sociaux, et de promouvoir une société dans laquelle tous sont également reconnus dans la loi en tant qu'êtres humains ou que membres de la société canadienne, tous aussi capables, et méritant le même intérêt, le même respect et la même considération.

[307] Le juge Iacobucci, au paragraphe 53, a ensuite décrit le type de loi qui porterait atteinte à la dignité humaine :

La dignité humaine est bafouée lorsque des personnes et des groupes sont marginalisés, mis de côté et dévalorisés, et elle est rehaussée lorsque les lois reconnaissent le rôle à part entière joué par tous dans la société canadienne. Au sens de la garantie d'égalité, la dignité humaine n'a rien à voir avec le statut ou la position d'une personne dans la société en soi, mais elle a plutôt trait à la façon dont il est raisonnable qu'une personne se sente face à une loi donnée. La loi traite-t-elle la personne injustement, si on tient compte de l'ensemble des



the individuals affected and excluded by the law?

[308] The conduct to which the appellants have been subjected in the handling of their trust moneys by the Crown treats them unfairly by imposing upon them inferior treatments as compared to non-Indian trust beneficiaries. If the laws do mandate this conduct they constitute a violation of essential human dignity contrary to subsection 15(1) of the Charter. The appellants, by virtue of such instruments as *The Royal Proclamation, 1763* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 1], Treaty No. 6 and section 37 of the *Indian Act*, must surrender their interests in property to the Crown if they wish to sell them. When those property interests are sold, the Crown holds the proceeds in trust for the bands entitled to them (see, e.g. *Indian Oil and Gas Act*, subsection 4(1)). The appellants, therefore, have no ability to choose their trustee. They must deal with the Crown as trustee and, according to the reasoning of the trial Judge, they must accept the inferior trust services the Crown is willing to provide. Whereas any other trustee would be required to prudently invest trust funds, the Crown is able to borrow the funds and select a rate of interest that takes into account the desire of the government to reduce borrowing costs for the benefit of other Canadians.

[309] Because of their race, or national or ethnic origin, the appellants are subjected to a regime whereby they are not entitled to the full benefits that equity confers on beneficiaries generally, in order to allow the Crown to promote its own interests, such as avoiding criticism of Aboriginal beneficiaries who receive inadequate returns from investment or returns that differ from those obtained by other Aboriginal beneficiaries, simplifying the administration of trusts by not having to engage the machinery required to properly invest trust funds, and ensuring non-Aboriginal Canadians are not burdened by this policy choice of the government by reducing the rate of interest paid by the Crown on Indian moneys below that which would have been obtained by prudent investment. This is the type of conduct section

circonstances concernant les personnes touchées et exclues par la loi?

[308] La conduite adoptée à l'endroit des appelants en ce qui concerne le traitement par la Couronne de leurs sommes d'argent en fiducie est inéquitable à leur égard, parce qu'elle a pour effet de leur imposer un traitement inférieur comparativement à celui qui est accordé aux bénéficiaires de fiducie qui ne sont pas des Indiens. Si les lois prescrivent ce type de conduite, elles constituent une atteinte à la dignité humaine essentielle qui va à l'encontre du paragraphe 15(1) de la Charte. En vertu d'instruments comme la *Proclamation royale (1763)* [L.R.C. (1985), appendice II, n° 1], le Traité n° 6 et l'article 37 de la *Loi sur les Indiens*, les appelants doivent céder leurs droits de propriété à la Couronne s'ils désirent les vendre. Lorsque ces droits de propriété sont vendus, la Couronne détient le produit en fiducie pour les bandes qui ont le droit de toucher le produit en question (voir, par exemple, le paragraphe 4(1) de la *Loi sur le pétrole et le gaz des terres indiennes*). En conséquence, les appelants ne peuvent choisir leur fiduciaire. Ils doivent accepter la Couronne à titre de fiduciaire et, selon le raisonnement du juge de première instance, ils doivent aussi accepter les services fiduciaires inférieurs qu'elle est disposée à fournir. Alors que tout autre fiduciaire serait tenu d'investir prudemment les fonds en fiducie, la Couronne peut emprunter les fonds et choisir un taux d'intérêt qui tient compte de la volonté du gouvernement de réduire les coûts d'emprunt au profit des autres Canadiens.

[309] En raison de leur race ou de leur origine nationale ou ethnique, les appelants sont assujettis à un régime qui les prive des pleins avantages qu'un traitement équitable confère à l'ensemble des bénéficiaires, afin de permettre à la Couronne de promouvoir ses propres intérêts, notamment éviter les critiques des bénéficiaires autochtones qui reçoivent un rendement inadéquat de l'investissement ou un rendement différent de celui qu'obtiennent d'autres bénéficiaires autochtones, simplifier l'administration des fiducies en évitant d'utiliser les mécanismes nécessaires pour investir en bonne et due forme les fonds en fiducie et veiller à ce que les Canadiens qui ne sont pas des autochtones ne soient pas lésés par ce choix politique du gouvernement en réduisant le taux d'intérêt versé sur l'argent des

15 is intended to prevent.

[310] It is unlikely that a violation of subsection 15(1) on these grounds could be justified under section 1 of the Charter. According to *The Queen v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, in order for a violation of Charter rights to be justified by the government, the law must have a pressing and substantial objective, the means chosen must be rationally connected to achieving the objective, rights must be minimally impaired, and the deleterious effects of the law must not be disproportionately severe.

[311] The Crown maintains that the legislative objective behind sections 61-68 of the *Indian Act* was the protection of the Indian interest. This may be a valid objective. The scheme of holding the Indian moneys in the CRF, a very safe depository, may even be rationally connected to this objective. However, I have difficulty accepting that this scheme impairs rights as little as possible. The alternative approach I have outlined in these reasons would better protect the appellants' rights and would be more likely to protect their interests. A system whereby the band is consulted to determine its spending needs and risk tolerances, and an investment plan is developed based on a diversified portfolio would protect bands against the risk of investment, it would take into account the actual interests of each band, and it would be more likely to lead to a maximum return. Most importantly, all of this could be achieved in a way that promotes the dignity and worth of Band members, by providing them with the same possibilities as non-Aboriginal peoples are provided.

## VI. Conclusions

[312] When the Crown took surrender of the appellants' interests in the oil and gas rights underlying their reserve lands and later converted those rights into proceeds, it accepted the role of trustee of the appellants' property. In doing so, it undertook to perform the duties expected of a trustee at common-law.

Indiens à un taux inférieur à celui qu'aurait généré un investissement prudent. C'est le type de conduite que l'article 15 vise à empêcher.

[310] Selon toute vraisemblance, un manquement au paragraphe 15(1) pour ces motifs ne pourrait être justifié au titre de l'article premier de la Charte. Selon l'arrêt *La Reine c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, pour que le gouvernement puisse justifier une atteinte aux droits reconnus par la Charte, la loi doit viser un objectif urgent et réel, un lien rationnel doit exister entre les moyens choisis et la réalisation de l'objectif, l'atteinte aux droits doit être minimale et les effets préjudiciables de la loi ne doivent pas être disproportionnés.

[311] La Couronne soutient que l'objectif législatif sous-jacent aux articles 61 à 68 de la *Loi sur les Indiens* était la protection des intérêts des Indiens. C'est peut-être là un objectif valable. Il se peut même qu'il y ait un lien rationnel entre le fait que l'argent des Indiens soit détenu dans le Trésor, qui est un dépositaire très sûr, et cet objectif. Cependant, j'ai du mal à accepter que ce régime donne lieu à une atteinte minimale aux droits. La solution de rechange que j'ai exposée dans les présents motifs permettrait de mieux protéger les droits des appelants et probablement leurs intérêts aussi. Un système dans le cadre duquel la bande est consultée pour faire connaître ses besoins en matière de dépenses et sa tolérance au risque et dans le cadre duquel un plan d'investissement est élaboré en fonction d'un portefeuille diversifié protégerait les bandes des risques liés aux investissements, tiendrait compte des intérêts réels de chaque bande et serait davantage susceptible de générer un rendement maximal. Surtout, ce mécanisme pourrait être conçu d'une façon qui met l'accent sur la dignité et sur la valeur des membres des bandes en leur offrant les mêmes possibilités que celles qui sont offertes aux non-autochtones.

## VI. Conclusions

[312] Lorsque la Couronne a obtenu par cession les droits des appelants sur le pétrole et le gaz situés sous les terres de leurs réserves et qu'elle a plus tard converti ces droits en produit, elle a accepté le rôle de fiduciaire des biens des appelants. Ce faisant, elle s'est engagée à exercer les fonctions attendues d'un fiduciaire visé par

Most importantly for this case, it undertook the duty to invest trust funds as would an ordinarily prudent person managing his or her own affairs. This essential duty could not be abrogated except by clear legislative language, which was never enacted. To the contrary, by virtue of the enactment of paragraph 64(1)(k), the Minister has retained the power and duty to invest trust funds, provided consent of the relevant band is obtained.

[313] The Crown made no attempt to ascertain whether actual investment of the significant sums held in trust for the appellants would be a more prudent course of action than simply retaining the money in the CRF and paying the rate of interest mandated by Order in Council, nor did it make any attempt to formulate investment plans for approval by the bands. As it has been shown, none of the defences proposed by the Crown for failing to develop and propose investment plans, such as the policy of promoting self-government and the spending patterns of the bands, excuse the Crown from its duty to prepare investment plans for approval by the bands.

[314] The Crown was aware throughout that it had a duty to obtain the highest return on the Indian moneys consistent with sound investment practices, yet it made no attempt to ensure that its method of handling the trust moneys satisfied this duty.

[315] In John Mowbray, Q.C. *et al.*, *Lewin on Trusts*, 17th ed. (London: Sweet & Maxwell, 2000), at pages 1200-1201, paragraphs 39-24 to 39-26, the authors state the consequences for the failure of the trustee to prudently invest, or in the case of the Crown, to attempt to formulate a prudent investment plan:

#### *Failure to invest*

A trustee guilty of unreasonable delay in investing the trust fund, or in transferring it to the beneficiary, is liable for

les règles de common law. Surtout, dans la présente affaire, elle s'est engagée à investir les fonds en fiducie à la manière d'une personne faisant preuve de diligence normale dans la gestion de ses propres affaires. Cette obligation essentielle ne pouvait être éliminée, sauf par un texte législatif clair, qui n'a jamais été édicté. Bien au contraire, lorsque l'alinéa 64(1)(k) a été édicté, le ministre a conservé le pouvoir et l'obligation d'investir les fonds en fiducie, pourvu qu'il obtienne le consentement de la bande concernée.

[313] La Couronne n'a nullement cherché à savoir si l'investissement des sommes d'argent élevées détenues en fiducie pour les appelants constituerait une conduite plus prudente que le simple maintien de l'argent dans le Trésor et le paiement du taux d'intérêt prescrit par décret, pas plus qu'elle n'a tenté de formuler de plans d'investissement pour les soumettre à l'approbation des bandes. Tel qu'il a été montré, aucun des moyens de défense que la Couronne a invoqués en réponse à l'accusation d'avoir omis d'élaborer et de proposer des plans d'investissement, notamment la politique consistant à promouvoir l'autonomie gouvernementale et les habitudes de dépense des bandes, ne soustrait la Couronne à son obligation de préparer des plans d'investissement à soumettre à l'approbation des bandes.

[314] La Couronne savait, tout au long de la période pertinente, qu'elle avait l'obligation d'obtenir le rendement le plus élevé qui soit pour l'argent des Indiens, eu égard à des pratiques d'investissement judicieuses, mais elle n'a fait aucun effort pour s'assurer que sa méthode de traitement des sommes en fiducie était conforme à cette obligation.

[315] Dans l'ouvrage de John Mowbray, c.r. *et al.*, *Lewin on Trusts*, 17<sup>e</sup> éd. (Londres : Sweet & Maxwell, 2000), aux pages 1200 et 1201, paragraphes 39-24 à 39-26, les auteurs décrivent les conséquences découlant de l'omission du fiduciaire d'investir prudemment ou, dans le cas de la Couronne, de tenter de formuler un plan d'investissement prudent :

#### [TRADUCTION]

#### *Omission d'investir*

Le fiduciaire qui tarde déraisonnablement à investir les fonds en fiducie ou à le transférer au bénéficiaire est redevable des

interest during the period of delay and costs. It is not an excuse that the trustee made no personal use of the money, but lodged it in his bank, even to a separate account, because it was a breach of trust to retain the money uninvested. Interest will not normally be awarded on lost income.

...

#### *Failure to invest prudently*

Trustees who fail to exercise their powers of investment in a prudent fashion, for instance by failing to diversify a fund of government securities into equities when any prudent trustee would have done so, may be liable to pay compensation if damage can be proved.

[316] The Crown, in my view, is liable to the Bands for any damages they suffered as a result of the Crown's breach of the duty to invest. The issue of damages and any limitations to the appellants' entitlement to damages will be canvassed at the end of these reasons.

#### DUTY TO ACCOUNT

[317] It was briefly argued by the appellants that there was a breach of the duty to account, because of the seeming difficulty of the Crown in having an audit of the funds performed on a timely basis, and problems with the timeliness and quality of reports. It is unnecessary, however, to deal with this question because the appellants failed to point to any evidence that they suffered damages as a result of the alleged breach of the duty to account.

#### CONFLICT OF INTEREST AND UNJUST ENRICHMENT

[318] Finally, a matter of considerable dispute in this appeal was whether the Crown was in an impermissible conflict of interest which created an independent breach of trust. The appellants argue that by depositing the royalty moneys in the CRF, the Crown was "borrowing" the Indian moneys, constituting the type of self-dealing

intérêts perdus pendant la période du retard [...] ainsi que des frais. Le fiduciaire ne peut invoquer comme excuse le fait qu'il n'a nullement utilisé l'argent à des fins personnelles, mais qu'il l'a déposé dans son compte bancaire, même s'il s'agit d'un compte séparé, parce qu'il a commis un manquement à l'obligation fiduciaire en conservant l'argent sans l'investir. Aucun intérêt ne sera normalement accordé sur le revenu perdu [...]

[...]

#### *Omission d'investir prudemment*

Le fiduciaire qui n'exerce pas ses pouvoirs d'investissement de façon prudente, notamment lorsqu'il omet de diversifier un fonds composé de titres du gouvernement en investissant aussi dans des actions de sociétés alors qu'un fiduciaire prudent l'aurait fait, peut être tenu de verser un dédommagement lorsqu'il est possible d'établir un préjudice.

[316] À mon avis, la Couronne est responsable envers les bandes de tout préjudice que celles-ci ont subi par suite du manquement qu'elle a commis à son obligation d'investir. La question des dommages-intérêts et des restrictions touchant le droit des appelants à des dommages-intérêts sera analysée à la fin des présents motifs.

#### OBLIGATION DE RENDRE COMPTE

[317] Les appelants ont soutenu brièvement qu'il y avait eu manquement à l'obligation de rendre compte, en raison de la difficulté apparente de la Couronne de veiller à ce qu'une vérification régulière des fonds soit menée ainsi que des problèmes inhérents au délai de présentation et à la qualité des rapports. Toutefois, il n'est pas nécessaire d'aborder cette question, parce que les appelants n'ont présenté aucun élément de preuve montrant qu'ils avaient été lésés par suite du manquement allégué à l'obligation de rendre compte.

#### CONFLIT D'INTÉRÊTS ET ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

[318] En dernier lieu, la question de savoir si la Couronne se trouvait dans un conflit d'intérêts intolérable qui a donné lieu en soi à un manquement à l'obligation fiduciaire a été vivement débattue au cours du présent appel. Les appelants soutiennent qu'en versant les redevances au Trésor, la Couronne « emprun-

in which trustees are not permitted to engage. In addition, the appellants submit that in setting the rate of interest payable on Indian moneys, the Crown should have been guided solely by its duties as trustee and was not entitled to consider any other interests. As a result of this conflict of interest, the appellants argue that the Crown was unjustly enriched and they are therefore entitled to equitable disgorgement of the Crown's benefit as an alternative to damages for breach of trust if they so elect.

[319] The respondents argue that by virtue of the requirement in section 17 of the FAA that Indian moneys be paid into the CRF, the Crown's "borrowing" of Indian moneys was authorized by legislation, displacing the common-law rule against self-dealing. With respect to the setting of the Indian moneys interest rate, the Crown argues that it was required to take into account not only its duties to its First Nations trust beneficiaries, but also the duty owed to other Canadians not to pay excessive interest rates on borrowed money and its policy of paying the same rate of interest to all bands. Moreover, it claims that the Supreme Court of Canada in *Blueberry* and this Court in *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3, approved this type of conflict of interest, and that the Courts in those decisions required only that the Crown act reasonably in balancing such competing interests.

[320] It is not necessary to resolve this dispute because finding a breach of trust on the basis of a conflict of interest would not result in any higher damages than the appellants would already be entitled to as a result of the breach of the duty to invest. The trial Judge found as a fact that if the Crown had not been borrowing the royalty moneys and paying interest in accordance with the Indian moneys methodology, it would have issued more short-term debt and therefore would have reduced its borrowing costs. That finding is

taut » l'argent des Indiens, ce qui constituait le type d'opération intéressée que les fiduciaires ne sont pas autorisés à conclure. De plus, les appelants font valoir qu'au moment de fixer le taux d'intérêt à verser sur l'argent des Indiens, la Couronne aurait dû se fonder uniquement sur les obligations qui lui incombaient en qualité de fiduciaire et qu'elle n'avait pas le droit de tenir compte d'autres intérêts. De l'avis des appelants, en raison de ce conflit d'intérêts, la Couronne a bénéficié d'un enrichissement sans cause, de sorte qu'ils ont droit à une restitution selon l'équité des avantages que la Couronne a recueillis à titre de réparation subsidiaire relativement au manquement à l'obligation fiduciaire, s'ils choisissent de demander cette réparation.

[319] De l'avis des intimés, étant donné que l'article 17 de la LGFP exige que l'argent des Indiens soit déposé au Trésor, l'« emprunt » par la Couronne de cet argent était autorisé par la législation, de sorte que la règle de common law interdisant les opérations intéressées a été modifiée. En ce qui concerne l'établissement du taux d'intérêt sur l'argent des Indiens, la Couronne fait valoir qu'elle devait tenir compte non seulement de ses obligations envers les bénéficiaires de fiducie des Premières nations, mais également du devoir qu'elle a envers les autres Canadiens, soit celui de ne pas payer de taux d'intérêt excessifs sur les emprunts, ainsi que de sa politique qui consiste à payer le même taux d'intérêt à toutes les bandes. La Couronne ajoute que la Cour suprême du Canada a approuvé ce type de conflit d'intérêts dans l'arrêt *Blueberry*, tout comme l'a fait la Cour d'appel fédérale dans *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3, et que les Cours dans ces deux décisions exigeaient simplement que la Couronne agisse raisonnablement au moment de contrebalancer ces intérêts opposés.

[320] Il n'est pas nécessaire de trancher ce différend, parce que la reconnaissance d'un abus de confiance fondé sur un conflit d'intérêts ne donnerait pas lieu à une indemnité supérieure à celle à laquelle les appelants auraient déjà droit en raison du manquement à l'obligation d'investir. Le juge de première instance a conclu dans les faits que, si la Couronne n'avait pas emprunté les redevances et versé des intérêts conformément au régime appliqué à l'argent des Indiens, elle aurait émis davantage de titres d'emprunt à court

also a complete answer to the appellants' suggestion that the Crown was unjustly enriched by putting itself in a conflict of interest position whereby it "borrowed" the Indian moneys. It is well established that in order to make out a claim of unjust enrichment, the claimant must first establish that the respondent benefited or was enriched by its conduct (see, e.g. *Peter v. Beblow*, [1993] 1 S.C.R. 980, at page 987). In the present case, the Crown received no "benefit" or "enrichment" on which to ground the unjust enrichment claim and the appellants have not shown any basis on which to conclude that the trial Judge committed a palpable and overriding error in making this finding. There is therefore no basis on which I would be justified in setting it aside.

[321] If the Crown had attempted to put prudent investment plans to the Bands on an ongoing basis but the Bands rejected them, the Crown would have been forced to be in a conflict position. It would have had to hold the moneys in the CRF, "borrow" the moneys, and pay interest in exchange for the use of the moneys. The interest rate paid would have had to have been equal to or greater than the Crown's alternative borrowing cost. The Crown would not be required in this situation to pay a notional rate of interest equal to that which would be earned by a prudent trustee investing in public markets. In order to earn a higher rate of return, the Bands must be prepared to approve the making of actual investments with their moneys. As the Crown expert, Mr. King, testified, the higher returns accompanying prudent investment are earned only because investors are willing to commit their funds to be invested on a long-term basis. The Bands cannot refuse a prudent investment plan proposed by the Crown and still demand that the Crown pay a rate of interest on the trust moneys equal to that which would be earned through actual prudent investment of the moneys. In the circumstances, to ask the Crown to pay more interest than the investment is returning is to ask more of the Crown than would be asked of a trustee at common law.

terme et aurait donc réduit ses frais d'emprunt. Cette conclusion répond également en entier à la suggestion des appelants selon laquelle la Couronne a bénéficié d'un enrichissement sans cause en se plaçant dans une situation de conflit d'intérêts lorsqu'elle a emprunté l'argent des Indiens. Il est bien établi que, pour prouver une allégation d'enrichissement sans cause, le demandeur doit d'abord montrer que le défendeur s'est enrichi en profitant de cette conduite (voir, par exemple, *Peter c. Beblow*, [1993] 1 R.C.S. 980, à la page 987). Dans la présente affaire, la Couronne n'a reçu aucun « avantage » ou « enrichissement » pouvant constituer le fondement de l'allégation d'enrichissement sans cause et les appelants n'ont établi aucun motif permettant de dire que le juge de première instance a commis une erreur manifeste et dominante lorsqu'il a formulé cette conclusion. En conséquence, l'annulation de cette conclusion ne serait nullement justifiée de ma part.

[321] Si la Couronne avait tenté de présenter sur une base continue des plans d'investissement prudents aux bandes, mais que celles-ci les avaient rejetés, elle se serait forcément trouvée dans une position conflictuelle. Elle aurait été tenue de conserver l'argent au Trésor, d'« emprunter » les sommes et de verser des intérêts en échange de leur utilisation. Il aurait été nécessaire que le taux d'intérêt versé soit au moins égal au coût d'emprunt que la Couronne aurait payé par ailleurs. La Couronne ne serait pas tenue, dans cette situation, de payer un taux d'intérêt fictif égal à celui que toucherait un fiduciaire prudent en investissant sur les marchés publics. Afin d'obtenir un taux de rendement plus élevé, les bandes doivent être prêtes à approuver l'utilisation de leur argent à des fins d'investissement. Comme l'a dit le témoin expert de la Couronne, M. King, au cours de son témoignage, les rendements supérieurs découlant d'un investissement prudent ne sont gagnés que parce que les investisseurs sont disposés à accepter que leurs fonds soient investis à long terme. Les bandes ne peuvent refuser un plan d'investissement prudent proposé par la Couronne et demander au même moment à celle-ci de payer sur l'argent en fiducie un taux d'intérêt égal à celui qu'aurait généré l'investissement prudent de cet argent. Dans les circonstances, demander à la Couronne de verser des intérêts plus élevés que le rendement des investissements équivaut à lui demander davantage que ce qui est attendu du fiduciaire visé par les règles de common law.

[322] Finally, the Crown should have sought to avoid being in a conflict of interest position in the first place by putting together prudent investment plans on a continuing basis for approval by the Bands. If the Bands had approved the plans, allowing the Crown to invest their moneys, the Crown would not have held the moneys in the CRF, and accordingly would not have "borrowed" the moneys. The Crown would likewise not have been in a situation of managing competing interests from various constituents. Moreover, the trial Judge found as a fact that if the Crown had not been borrowing the royalty moneys and paying interest in accordance with the Indian moneys methodology, it would have issued more short-term debt and therefore would have reduced its borrowing costs. Thus, by properly performing its duty to invest, the Crown would not only have avoided a conflict of interest in the first place, it would also have reduced its own overall borrowing costs, thus benefiting the Canadian public.

## LIMITATION OF ACTIONS AND LACHES

### I. Statutory Limitation of Actions

[323] The respondents submit that any damages arising from the Crown's conduct more than six years prior to the filing of the statement of claim in each action are statute-barred as a result of the application of section 39 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 10] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7. The appellants raise a number of defences to this claim, none of which, in my view, are persuasive.

#### a. Which Statute of Limitations Applies?

[324] Provincial limitation periods are incorporated by reference in subsection 39(1) of the *Federal Court Act*, which states that the laws relating to prescription and limitation of actions in force in a province will govern with respect to any cause of action arising in that province. In order to evaluate the Crown's limitations defence it is necessary, therefore, to determine which province's statute of limitations applies. The statute of limitations to be applied is that of the province where the cause of action, that is where the breach of trust,

[322] En dernier lieu, la Couronne aurait dû s'efforcer d'éviter de se trouver en situation de conflit d'intérêts dès le départ en présentant de façon continue des plans d'investissement prudents aux bandes pour qu'elles les approuvent. Si les bandes avaient approuvé les plans et avaient autorisé la Couronne à investir leur argent, celle-ci n'aurait pas conservé les sommes d'argent en question au Trésor et, en conséquence, elle n'aurait pas « emprunté » cet argent. Elle n'aurait pas été appelée non plus à gérer les intérêts opposés de différents mandants. De plus, le juge de première instance a conclu dans les faits que, si la Couronne n'avait pas emprunté les redevances et versé des intérêts conformément au régime appliqué à l'argent des Indiens, elle aurait émis davantage de titres d'emprunt à court terme et aurait donc réduit ses frais d'emprunt. Ainsi, en se conformant en bonne et due forme à son obligation d'investir, la Couronne aurait non seulement évité un conflit d'intérêts dès le départ, mais elle aurait également réduit ses coûts d'emprunt totaux, ce qui aurait avantage le public canadien.

## PRESCRIPTION ET RETARD INJUSTIFIÉ

### I. Prescription légale

[323] Les intimés soutiennent que toute réclamation découlant de la conduite de la Couronne qui remonte à plus de six ans avant le dépôt de la déclaration dans chaque action est prescrite en raison de l'application de l'article 39 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 10] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7. Les appelants contestent cette allégation au moyen de différents arguments dont aucun ne m'apparaît convaincant.

#### a. Quelle est la loi sur la prescription qui s'applique?

[324] Les délais de prescription provinciaux sont intégrés par renvoi au paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui énonce que les règles de droit en matière de prescription qui sont en vigueur dans une province s'appliquent relativement à tout fait générateur survenu dans cette province. Pour évaluer la défense de la Couronne fondée sur la prescription, il faut donc savoir quelle est la loi provinciale qui s'applique en matière de prescription. La loi sur la prescription à appliquer est celle de la province où est survenu le fait

occurred. To determine the location of the cause of action, the province with the most substantial connection to the trust must be ascertained. Both the Crown and Ermineskin maintain that Alberta's *Limitation of Actions Act*, R.S.A. 1980, c. L-15 is the applicable statute. The province of Alberta, they say, has the closest connection to the administration of the trust in this case because the appellants reside in Alberta and their oil and gas assets are located there.

[325] Samson, however, alleges that the cause of action occurred in Ontario. It suggests that the proper law applicable in actions respecting the administration of a trust, including actions respecting the liability of the trustees for breach of a trust, is the law of the residence of the trustees. They contend that the *situs* of the trustee in this case is in Ottawa, Ontario because that is the *situs* of the Government according to the Constitution. Therefore, it is their submission that Ontario limitations legislation should apply.

[326] In my view, Samson's contentions do not accurately depict the applicable law. While the residence or place of business of the trustee can be a significant factor when determining where the cause of action arose, it is not determinative (Waters, at page 1392). Alberta clearly has the most substantial connection to the breach of trust as all of the key elements of the cause of action can be found there. Specifically, the beneficiaries of the trust, the trust *corpus*, and the trustees with the power of administration all reside in Alberta. Though the technical *situs* of the Crown is in Ottawa, this is not enough to establish that the cause of action arose in Ontario as Samson alleges. Consequently, the cause of action can be said to have arisen in Alberta.

b. Does section 14 of the *Judicature Act* of Alberta prevent the Crown from relying on the Alberta *Limitation of Actions Act*

[327] The appellants argue that if the breach of trust is found to have occurred in Alberta, no statutory limitation period is applicable to them by virtue of

générateur, c'est-à-dire l'abus de confiance. Pour connaître l'endroit où est survenu le fait générateur, il faut déterminer la province ayant le lien le plus important avec la fiducie. La Couronne et Ermineskin soutiennent que la loi applicable est la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, ch. L-15. À leur avis, c'est la province de l'Alberta qui a le lien le plus étroit avec l'administration de la fiducie en l'espèce, parce que les appelants résident en Alberta et que leurs éléments d'actif gaziers et pétroliers s'y trouvent.

[325] Cependant, Samson fait valoir que le fait générateur est survenu en Ontario. À son avis, la loi applicable aux actions concernant l'administration d'une fiducie, y compris les actions relatives à la responsabilité des fiduciaires pour cause d'abus de confiance, est la loi de la résidence des fiduciaires. Samson ajoute que le *situs* du fiduciaire en l'espèce se trouve à Ottawa (Ontario), parce qu'il s'agit du *situs* du gouvernement selon la Constitution. En conséquence, dit-elle, c'est la loi sur la prescription de l'Ontario qui devrait s'appliquer.

[326] À mon avis, Samson n'a pas correctement décrit les règles de droit applicables à ce sujet. Bien que la résidence ou le lieu de l'entreprise du fiduciaire puisse constituer un facteur important au moment de chercher à savoir où le fait générateur est survenu, ils ne sont pas déterminants (Waters, à la page 1392). Il est évident que la province de l'Alberta est l'endroit le plus étroitement lié à l'abus de confiance, parce que tous les éléments clés du fait générateur s'y trouvent. Plus précisément, les bénéficiaires de la fiducie, la masse de la fiducie et les fiduciaires ayant le pouvoir de l'administrer résident tous en Alberta. Bien que le *situs* technique de la Couronne se trouve à Ottawa, cela ne suffit pas à établir que le fait générateur est survenu en Ontario, comme Samson le soutient. En conséquence, il est permis de dire que le fait générateur est survenu en Alberta.

b. L'article 14 de la *Judicature Act* de l'Alberta empêche-t-il la Couronne d'invoquer la *Limitation of Actions Act* de cette même province?

[327] Les appelants soutiennent que, si la Cour en arrive à la conclusion que l'abus de confiance a été commis en Alberta, aucun délai de prescription légal ne



section 14 of the *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, which states:

**14.** No claim of a cestui que trust against his trustee for any property held on an express trust or in respect of a breach of the trust shall be held to be barred by a Statute of Limitations.

[328] The respondents submit, however, that section 14 of the *Judicature Act* has no application, having been displaced by sections 40 and 41 of the *Alberta Limitation of Actions Act*, which provide as follows:

**40** Subject to the other provisions of this Part, no claim of a cestui que trust against his trustee for any property held on an express trust, or in respect of a breach of the trust, shall be held to be barred by this Act.

**41** (1) In this section, “trustee” includes an executor, an administrator, and a trustee whose trust arises by construction or implication of law as well as an express trustee, and also includes a joint trustee.

(2) In an action against a trustee or a person claiming through him,

(a) rights and privileges conferred by this Act shall be enjoyed in the like manner and to the like extent as they would have been enjoyed in the action if the trustee or person claiming through him had not been a trustee or person claiming through a trustee, and

(b) if the action is brought to recover money or other property and is one to which no limitation provision of this Act applies, the trustee or person claiming through him is entitled to the benefit of and is at liberty to plead the lapse of time as a bar to the action in the like manner and to the same extent as if the claim had been against him in an action for money had and received,

except when the claim is founded on a fraud or fraudulent breach of trust to which the trustee was party or privy, or is to recover trust property or the proceeds thereof still retained by the trustee, or previously received by the trustee and converted to his use.

[329] Reconciling section 14 of the *Judicature Act* and sections 40 and 41 of the *Limitation of Actions Act*

s’applique à eux en vertu de l’article 14 de la *Judicature Act*, R.S.A. 1980, c. J-1, dont voici le libellé :

[TRADUCTION] **14.** Aucune loi portant sur la prescription ne peut être interprétée de façon à limiter le droit du bénéficiaire d’introduire une cause ou une affaire contre le fiduciaire à l’égard des biens qu’il détient en conformité avec une fiducie explicite ou à l’égard de tout manquement de sa part à ses obligations de fiduciaire.

[328] Les intimés répondent cependant que l’article 14 de la *Judicature Act* ne s’applique pas, parce qu’il a été modifié par les articles 40 et 41 de la *Limitation of Actions Act* de l’Alberta, dont le texte est le suivant :

[TRADUCTION]

**40** Sous réserve des autres dispositions de la présente partie, aucune loi portant sur la prescription ne peut être interprétée de façon à limiter le droit du bénéficiaire d’introduire une cause ou une affaire contre le fiduciaire à l’égard des biens qu’il détient en conformité avec une fiducie explicite ou à l’égard de tout manquement de sa part à ses obligations de fiduciaire.

**41** (1) Dans le présent article, « fiduciaire » s’entend également de l’exécuteur testamentaire, de l’administrateur, du fiduciaire dont la fiducie est judiciaire ou se déduit du droit, du fiduciaire explicite et du fiduciaire conjoint.

a) les droits et privilèges conférés par la présente loi s’exercent de la même manière et dans la même mesure que si, dans cette action, le fiduciaire ou son ayant droit n’avait pas été un fiduciaire ou un ayant droit du fiduciaire;

b) si l’action est intentée pour recouvrer du numéraire ou d’autres biens et est une action à laquelle ne s’applique aucune disposition de la présente loi relative à la prescription, le fiduciaire ou son ayant droit peut invoquer et opposer à cette action le délai de prescription qu’ils auraient pu invoquer ou opposer si la réclamation avait été faite contre eux dans une action pour dette et peuvent le faire de la même manière et dans la même mesure que dans ce dernier cas.

[329] Il n’est pas facile de concilier l’article 14 de la *Judicature Act* et les articles 40 et 41 de la *Limitation of*

is not an easy task. The case law is conflicting without any appellate level decisions. However, I find the comments made by Girgulis J. in *Nilsson Livestock Ltd. v. MacDonald* (1993), 140 A.R. 214 (Q.B.) (*Nilsson Livestock*) the most compelling. Justice Girgulis held at paragraphs 61-71, that there was no conflict between section 14 of the *Judicature Act* and Part 7 of Alberta's *Limitation of Actions Act*, which deals with actions by trust beneficiaries and includes sections 40 and 41. Instead, he concluded that both section 14 of the *Judicature Act* and paragraph 41(2)(b) of the *Limitation of Actions Act* carve out exceptions to the general applicability of limitations legislation to trustees. Specifically, he held that section 14 of the *Judicature Act*, when interpreted properly, prevents limitations legislation from applying to trustees who still have the trust property in their possession, whether they obtained it as a result of an express trust or as a result of a breach of trust. Similarly, Girgulis J. held that section 41 of the *Limitation of Actions Act* carves out further exceptions—namely it prevents limitation periods from applying to claims based on fraudulent behaviour or to property recovery where the proceeds are still retained by the trustee or were previously received by the trustee and converted to their use. Consequently, according to Girgulis J.'s interpretation of the two sections, both can be read together without one having to give way to the other.

[330] The interpretation proposed in *Nilsson Livestock* is compelling because it accords with the presumption of coherence within a body of legislation. As stated in Ruth Sullivan, *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4th ed., at page 263: “[i]t is presumed that the body of legislation enacted by a legislature does not contain contradictions or inconsistencies, that each provision is capable of operating without coming into conflict with any other.” Under Girgulis J.'s interpretation of the two statutes, both pieces of legislation can be applied without any conflict.

*Actions Act*. Les décisions sont contradictoires et aucune cour d'appel ne s'est prononcée. Cependant, les commentaires que le juge Girgulis a formulés dans *Nilsson Livestock Ltd. v. MacDonald* (1993), 140 A.R. 214 (B.R.) (*Nilsson Livestock*), n'apparaissent très convaincants. Le juge Girgulis a décidé, aux paragraphes 61 à 71, qu'il n'y avait pas incompatibilité entre l'article 14 de la *Judicature Act* et la partie 7 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, qui concerne les actions intentées par les bénéficiaires d'une fiducie et comprend les articles 40 et 41. Il a plutôt conclu que l'article 14 de la *Judicature Act* et l'alinéa 41(2)b) de la *Limitation of Actions Act* énoncent des exceptions à l'applicabilité générale de la législation sur la prescription aux fiduciaires. Plus précisément, il a décidé que, lorsqu'il est interprété correctement, l'article 14 de la *Judicature Act* empêche l'application de la législation sur la prescription aux fiduciaires qui ont encore en leur possession les biens de la fiducie, qu'ils les aient obtenus en conformité avec une fiducie explicite ou par suite d'un manquement à leur obligation fiduciaire. Dans la même veine, le juge Girgulis a conclu que l'article 41 de la *Limitation of Actions Act* prévoit d'autres exceptions; ainsi, il empêche l'application des délais de prescription aux réclamations fondées sur une conduite frauduleuse ou aux réclamations visant à recouvrer des biens encore retenus par le fiduciaire ou antérieurement reçus par lui et convertis à son usage. En conséquence, suivant l'interprétation que le juge Girgulis donne aux deux dispositions législatives, il est possible de lire les deux ensemble sans qu'il soit nécessaire de donner préséance à l'une ou à l'autre.

[330] L'interprétation proposée dans *Nilsson Livestock* est très convaincante, parce qu'elle va de pair avec la présomption de cohérence au sein de l'ensemble des lois adoptées par le législateur. Comme l'a dit Ruth Sullivan dans *Sullivan and Driedger on the Construction of Statutes*, 4<sup>e</sup> éd., à la page 263 : [TRADUCTION] « l'ensemble des lois adoptées par l'assemblée législative est présumé ne pas comporter de contradictions ou d'incohérences, chaque disposition étant capable de s'appliquer sans entrer en conflit avec une autre ». Selon l'interprétation que le juge Girgulis donne aux deux lois, il est possible d'appliquer les deux textes législatifs sans que cette application donne lieu à un conflit.

[331] In addition, Girgulis J.'s interpretation of the legislation is consistent with the plain wording of section 14 of the *Judicature Act*, which states that limitation periods shall not bar a claim of a beneficiary "against his trustee for any property." Beneficiaries should always have recourse against a trustee who is holding their property given that every day that a trustee wrongly holds the beneficiary's property is arguably a new breach. Furthermore, this interpretation of the legislation does not arbitrarily deprive a trustee of all the normal protections that other defendants receive under the statute of limitations, but instead restricts the trustee's use of the legislation only in situations that the special nature of a trust relationship requires.

[332] The action in this case is not for the recovery of property held by the trustee but for damages and accordingly, section 14 does not operate to bar the Crown from raising a limitations defence in this case. There has also been no allegation of fraudulent behaviour on the part of the Crown. For these reasons, the appellants are likewise unable to rely on either of the exceptions in subsection 41(2) to the application of the limitation period.

### c. Discoverability

[333] The principle of discoverability applies to statutory limitation periods unless it is displaced by clear legislative language. Where the cause of action is not discoverable, the operation of the limitations period is suspended until the plaintiff discovers or ought to have discovered through the exercise of reasonable diligence the material facts upon which the cause of action is based. The rule was identified by La Forest J. in *M.(K.) v. M.(H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at page 34, quoting from *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147, at page 224:

... a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff

[331] De plus, l'interprétation que le juge Girgulis fait de la législation va de pair avec le texte clair de l'article 14 de la *Judicature Act*, qui énonce que les délais de prescription n'empêchent pas le bénéficiaire d'introduire une cause [TRADUCTION] « contre le fiduciaire à l'égard des biens ». Les bénéficiaires devraient en tout temps pouvoir exercer un recours contre le fiduciaire qui détient leurs biens, étant donné que la conduite inappropriée du fiduciaire à cet égard pourrait constituer un nouveau manquement chaque jour où elle se poursuit. Qui plus est, cette interprétation de la législation ne prive pas arbitrairement le fiduciaire de l'ensemble des protections normales dont les autres défendeurs bénéficient en vertu de la loi sur la prescription, mais restreint plutôt l'utilisation de la législation par le fiduciaire aux cas où la nature spéciale du lien fiduciaire l'exige.

[332] Dans la présente affaire, l'action ne vise pas à recouvrer les biens détenus par le fiduciaire, mais plutôt des dommages-intérêts et, en conséquence, l'article 14 ne s'applique pas de façon à empêcher la Couronne d'invoquer une défense fondée sur la prescription en l'espèce. De plus, aucune allégation de conduite frauduleuse n'a été formulée contre la Couronne. C'est pourquoi les appelants ne peuvent invoquer l'une ou l'autre des exceptions énoncées au paragraphe 41(2) quant à l'application du délai de prescription.

### c. Possibilité de découvrir la preuve

[333] À moins qu'il ne soit modifié par un texte législatif clair, le principe de la possibilité de découvrir la preuve s'applique aux délais de prescription légaux. Lorsqu'il n'est pas possible de découvrir le fondement de la cause d'action, l'application du délai de prescription est suspendue jusqu'à ce que le demandeur découvre ou aurait dû découvrir, en faisant preuve de diligence raisonnable, les faits importants sur lesquels cette cause d'action repose. Dans *M.(K.) c. M.(H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la page 34, le juge La Forest a reconnu la règle en citant l'extrait suivant de l'arrêt *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la page 224 :

[. . .] une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou

by the exercise of reasonable diligence. . . .

[334] However, discoverability applies only to the facts of a situation and not to the law. In *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Ltd.* (1994), 162 A.R. 35 (C.A.), Conrad J.A. found at paragraph 127 that “[d]iscoverability refers to facts, not law. Error or ignorance of the law, or uncertainty of the law, does not postpone any limitation period.” The Court also held, with specific reference to the Alberta limitations legislation applicable in this case, that “‘cause of action’, as that phrase is used in s. 4(1)(e) of the *Limitation of Actions Act*, refers to facts and not legal principles.” In addition, the Court held that subsequent clarification or evolution of the law will not postpone the discovery of the material facts so as to extend the limitation period and that the onus of disproving discovery rests on the appellant when the respondent raises a limitation period.

[335] The breach in this case was the failure of the Crown to present the appellants with a plan of investment. Discoverability or discovery occurred, therefore, not when the appellants discovered, or ought to have discovered, that the Crown had the legal duty to present a plan of investment to them, but instead, at the time that the Bands either realized that the Crown had not presented them with a plan or at the point when the appellants reasonably ought to have known that the Crown had not presented them with a plan. In either case, the limitation period would have started to run almost immediately upon the Crown’s receipt of the funds. However, the duty to present investment plans was a continuing duty over the years. Consequently, the Bands are not barred completely from remedy. However, they are limited to seeking damages to a period six years prior to filing their statements of claim.

auraient dû l’être s’il avait fait preuve de diligence raisonnable [. . .].

[334] Cependant, la possibilité de découvrir la preuve ne s’applique qu’aux faits d’une situation et non aux règles de droit. Dans *Luscar Ltd. v. Pembina Resources Ltd.* (1994), 162 A.R. 35 (C.A.), le juge Conrad a conclu, au paragraphe 127, que [TRADUCTION] « la possibilité de découvrir la preuve concerne les faits et non les règles de droit. L’erreur de droit, l’ignorance du droit ou encore l’incertitude d’une règle de droit n’a pas pour effet de reporter un délai de prescription ». La Cour a également décidé, en mentionnant explicitement la loi sur la prescription de l’Alberta applicable en l’espèce, que [TRADUCTION] « les causes d’action au sens où cette expression est employée à l’alinéa 4(1)e de la *Limitation of Actions Act* renvoient aux faits et non aux principes de droit ». De plus, la Cour a ajouté que la clarification ou l’évolution subséquente des règles de droit n’a pas pour effet de reporter la possibilité de découvrir la preuve des faits pertinents de façon à prolonger le délai de prescription et qu’il incombe à la partie appelante de réfuter la possibilité de découvrir la preuve lorsque la partie intimée invoque un délai de prescription.

[335] Le manquement en l’espèce résidait dans l’omission de la Couronne de présenter un plan d’investissement aux appelants. En conséquence, la découverte de la preuve ou la possibilité de la découvrir remonte non pas au moment où les appelants ont découvert ou auraient dû découvrir que la Couronne était légalement tenue de leur présenter un plan d’investissement, mais plutôt au moment où ils ont eux-mêmes constaté ou auraient raisonnablement dû savoir que la Couronne ne leur avait pas proposé de plan. Dans un cas comme dans l’autre, le délai de prescription aurait commencé à courir presque immédiatement au moment où la Couronne a reçu les fonds. Cependant, l’obligation de présenter des plans d’investissement était une obligation continue au fil des années. En conséquence, les bandes ne sont pas empêchées d’exercer tout recours. Cependant, elles peuvent solliciter des dommages-intérêts uniquement pour la période de six ans précédant le dépôt de leurs déclarations.

[336] In conclusion, by the combined operation of subsection 39(1) of the *Federal Court Act* and section 4 of the *Alberta Limitation of Actions Act*, the appellants are not entitled to damages for any breaches of the Crown's duties as trustee more than six years prior to the filing of the statements of claim in each action.

## II. Laches and Acquiescence

[337] The Crown also submits that the equitable doctrines of laches and acquiescence apply in this case to limit the appellants' entitlement to damages. In light of my conclusion that the Crown's statutory limitations defences have succeeded, however, I need not address the issue of laches and acquiescence.

## DAMAGES

[338] The voluminous and often conflicting evidence as to whether the interest paid by the Crown was reasonable perhaps explains why, if liability was found against the Crown, that Ermineskin requested a reference for an assessment of damages. Significantly, the Crown agreed, thus implicitly acknowledging the difficulty for this Court in determining whether the return provided by the Crown was reasonable. While Samson requested the Court to assess damages up to 1999, it nevertheless agreed that a reference was required for assessing the period beyond 1999.

[339] In my view, damages can be appropriately assessed only by directing a reference to the Federal Court covering the entire period. It is recognized that the assessment of the performance of a fund is more accurate the longer the period of time over which it is reviewed. When making her or his assessment, the referee should have regard to the following directions.

[336] En conclusion, en raison de l'effet combiné du paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et de l'article 4 de la *Limitation of Actions Act* de l'Alberta, les appelants n'ont pas droit à des dommages-intérêts à l'égard de l'un ou l'autre des manquements de la Couronne aux obligations qui lui incombaient comme fiduciaire pour une période de plus de six ans précédant le dépôt des déclarations dans chaque action.

## II. Retard indu et acquiescement

[337] La Couronne soutient également que les doctrines du retard indu et de l'acquiescement, reconnues en equity, s'appliquent en l'espèce de façon à restreindre le droit des appelants à des dommages-intérêts. Cependant, étant donné que j'en suis arrivé à la conclusion que les moyens de défense de la Couronne fondés sur la prescription sont retenus, il n'est pas nécessaire que j'examine la question du retard indu et de l'acquiescement.

## DOMMAGES-INTÉRÊTS

[338] La preuve volumineuse et souvent contradictoire qui a été présentée au sujet du caractère raisonnable des intérêts versés par la Couronne permet peut-être de comprendre pourquoi Ermineskin a demandé un renvoi en vue d'une évaluation du préjudice, si la Couronne était finalement jugée responsable. Fait important à souligner, la Couronne a accepté, reconnaissant ainsi implicitement qu'il était difficile pour la Cour de déterminer si le rendement qu'elle avait fourni était raisonnable. Bien que Samson ait demandé à la Cour d'évaluer le préjudice subi jusqu'en 1999, elle a néanmoins convenu qu'un renvoi était nécessaire en ce qui concerne la période postérieure à l'année 1999.

[339] À mon avis, la seule façon d'évaluer correctement le préjudice consiste à ordonner un renvoi à la Cour fédérale relativement à l'ensemble de la période. Il est reconnu que, plus la période visée par l'examen est longue, plus l'évaluation du rendement d'un fonds sera précise. Au moment de faire son évaluation, l'arbitre devrait tenir compte des directives suivantes.

[340] In assessing damages the referee should consider that the Crown should have achieved a rate of return comparable to that which a prudent trustee would have earned, having regard to the following factors:

1. The Bands had substantial and increasing year-end balances in their trust accounts over time.

2. The Bands' spending requirements were considerable and there was a need for liquidity to ensure the spending requirements could be satisfied.

3. Because it was necessary to preserve capital for future beneficiaries, the investments that should have been made should not have been in the high-risk category.

4. There was a requirement that the Crown obtain the Bands' consent before making investments, limiting the ability of the Crown to make investment decisions.

5. The calculation of damages should be made on the assumption that there would be regular and periodic reviews at least once per year of the results earned to date and recommendations for the future.

6. The period for assessing damages should run from six years prior to the filing of the statement of claim in each action to the date of assessment.

[341] The referee should also have regard to the following principles of law to aid in her or his assessment:

1. *Canson Enterprises Ltd. v. Broughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at page 556, McLachlin J. (as she then was) held that when assessing a remedy for breach of fiduciary duty, "the plaintiff's actual loss as a consequence of the breach is to be assessed with the full benefit of hindsight."

[340] Pour évaluer le préjudice, l'arbitre devrait se rappeler que la Couronne aurait dû obtenir un taux de rendement comparable à celui qu'un fiduciaire prudent aurait obtenu, eu égard aux facteurs suivants :

1. Les soldes de fin d'année des comptes en fiducie des bandes étaient importants et ont augmenté avec le temps.

2. Les exigences relatives aux dépenses des bandes étaient élevées et il était donc nécessaire que des liquidités soient disponibles pour satisfaire à ces exigences.

3. En raison de la nécessité de préserver le capital pour les bénéficiaires ultérieurs, les investissements requis ne devaient pas être faits dans la catégorie des investissements comportant un risque élevé.

4. La Couronne devait obligatoirement obtenir le consentement des bandes avant de faire des investissements, ce qui restreignait sa capacité de prendre des décisions en la matière.

5. Le calcul du préjudice devrait être fondé sur l'hypothèse selon laquelle les résultats obtenus et les recommandations concernant l'avenir seraient examinés sur une base régulière (au moins une fois par année).

6. La période à prendre en compte pour l'évaluation du préjudice devrait débiter six ans avant le dépôt de la déclaration dans chaque action et se terminer à la date de l'évaluation.

[341] L'arbitre devrait également tenir compte des principes de droit suivants au cours de son évaluation :

1. Dans *Canson Enterprises Ltd. c. Broughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, à la page 556, la juge McLachlin (aujourd'hui juge en chef de la Cour suprême du Canada) a décidé qu'au moment d'évaluer la réparation à accorder à l'égard d'un manquement à une obligation fiduciaire, « la perte réelle du demandeur par suite du manquement doit être évaluée en bénéficiant pleinement de la rétrospective ».

2. In determining the rate of return that would have been achieved by a prudent trustee, the Court may rely upon expert evidence and the performance of other comparable trusts in the marketplace. As stated in the *Restatement of the Law Third, Trusts: Prudent Investor Rule*, at § 211, page 164:

If the trustee has general authority to invest funds in securities that are proper investments for the trust and neglects to make any investment, unless the beneficiaries are not disadvantaged by this inaction, the trustee is chargeable with the amount of return (that is, taking account of both income and changes in principal value) that would have accrued from a suitable portfolio of investments for the trust. An appropriate basis for measuring such liability might be the average performance of investments of some representative sample of generally comparable trusts.

[342] The evidence already led in this action can be relied on by the referee and the parties, and it shall be open to the parties to lead such further evidence covering the entire period of the assessment as is relevant.

#### DISPOSITION

[343] I would therefore allow the appeals and refer the matter to the Federal Court for assessment of damages having regard to the principles outlined above. The decision with respect to costs should be reserved pending the result of the reference.

2. Pour déterminer le taux de rendement qu'aurait obtenu un fiduciaire prudent, la Cour peut se fonder sur la preuve d'expert et sur le rendement d'autres fiducies comparables sur le marché. Tel qu'il est mentionné dans l'ouvrage *Restatement of the Law Third, Trusts : Prudent Investor Rule*, à la section 211, page 164 :

[TRADUCTION] Si le fiduciaire possède le pouvoir général d'investir les fonds dans des titres qui constituent des investissements appropriés pour la fiducie et qu'il néglige de faire un investissement donné, à moins que les bénéficiaires ne soient pas désavantagés par cette inaction, le fiduciaire sera redevable du montant de rendement (compte tenu du revenu et de l'évolution du montant en principal) qu'aurait généré un portefeuille approprié d'investissement pour la fiducie. Pour évaluer cette responsabilité, il convient peut-être d'utiliser le rendement moyen des investissements d'un échantillon représentatif de fiducies généralement comparables.

[342] L'arbitre et les parties peuvent se fonder sur la preuve déjà présentée en l'espèce et il sera loisible aux parties de présenter d'autres éléments de preuve couvrant l'ensemble de la période de l'évaluation, dans la mesure où ils sont pertinents.

#### DISPOSITIF

[343] Pour les motifs exposés ci-dessus, j'accueillerais les appels et je renverrais l'affaire à la Cour fédérale aux fins d'une évaluation du préjudice, eu égard aux principes exposés ci-dessus. La décision concernant les dépens devrait être différée jusqu'au résultat du renvoi.