

A-564-81

A-564-81

The Queen (Appellant) (Defendant)

v.

Delbert Guerin, Joseph Becker, Eddie Campbell, Mary Charles, Gertrude Guerin and Gail Sparrow suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Musqueam Indian Band (Respondents) (Plaintiffs)

Court of Appeal, Heald, Le Dain JJ. and Culliton D.J.—Vancouver, June 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18; Ottawa, December 10, 1982.

Crown — Trusts — Appeal from Trial Division's finding that Crown breached trust — Undeveloped reserve lands in Vancouver surrendered by Indian Band to Crown for lease to golf club — Trial Judge finding surrender created express trust, obligating Crown as trustee to lease on specific oral conditions — Crown leasing on terms quite unlike those discussed with Band before surrender, without Indians' authorization of changes — Crown may act as trustee but must deliberately choose to do so — Crown unlikely to be constructive trustee — Implying oral terms improper, since no compliance with formalities prescribed by Act as public policy — Lesser authority cannot discharge Governor in Council's statutory responsibilities — Respondents alternatively arguing trust created by Act and by terms of surrender — Distinction in Kinloch between true (lower sense) trust and governmental obligation (trust in higher sense) where Crown performing governmental functions — Only true trust being equitable obligation enforceable by courts — S. 18 and surrender creating governmental obligation and not supporting breach of trust action — In public law context neither "in trust" nor requirement that property be dealt with for benefit of others conclusively establishing intention to create true trust — "Use and benefit" in s. 18 referring to purpose of executive act reserving lands for Indians — S. 18 discretion as to use of lands implying decision rests with Government and incompatible with court-enforceable obligation to deal with land in particular manner — Authority given by surrender to lease for Indians' welfare qualifying Government's powers under Act — Qualification within statutory scheme and not imposing obligation to lease since would entail fundamental change in Crown's responsibility — "In trust" in surrender meaning surrender and subsequent dealings to be for benefit of Indians, because also found in provisions giving Crown legal title, wherein no intent to make Crown trustee, especially since discretion conferred — Appeal allowed, action dismissed — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2, 4(2), 18(1),(2), 19, 36, 37, 38, 39 (as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 11), 40, 41, 53(1), 57, 58, 60(1), 61(1), 73(1), 81 — Indian Act, R.S.C. 1970, c. 1-6, ss. 18(1), 37, 38, 39, 40, 41, 61(1) — Order of Her Majesty in Council Admitting British Columbia into the Union, R.S.C. 1970, Appendix II, No. 10, Sch., s. 13 — Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, c. 32, s. 2 — Land Act, R.S.B.C. 1936, c. 144, s. 93(1) — Federal Court Rules, C.R.C., c. 663, R. 409.

La Reine (appelante) (défenderesse)

c.

Delbert Guerin, Joseph Becker, Eddie Campbell, Mary Charles, Gertrude Guerin et Gail Sparrow, en leur nom propre et au nom de tous les autres membres de la bande indienne Musqueam (intimés) (demandeurs)

Cour d'appel, juges Heald et Le Dain, juge suppléant Culliton—Vancouver, 10, 11, 14, 15, 16, 17, 18 juin; Ottawa, 10 décembre 1982.

Couronne — Fiducies — Appel de la décision de la Division de première instance déclarant la Couronne responsable d'un manquement à une fiducie — La bande indienne a cédé à la Couronne des terrains non utilisés de la réserve située à Vancouver en vue de les louer à un club de golf — Le juge de première instance a conclu que la cession avait créé une fiducie expresse, obligeant la Couronne en tant que fiduciaire à louer selon des conditions verbales précises — La Couronne a loué à des conditions assez différentes de celles qui avaient été discutées avec la bande avant la cession, sans l'autorisation des Indiens pour ces modifications — La Couronne peut agir comme fiduciaire mais doit choisir expressément de le faire — Il est peu probable que la Couronne puisse être l'objet d'une fiducie par interprétation — Il est incorrect de retenir les conditions verbales puisque les formalités, d'intérêt public, prescrites par la Loi n'ont pas été respectées — Une autorité subalterne ne peut s'acquitter des responsabilités du gouverneur en conseil que prévoit la loi — Subsidièrement, les intimés soutiennent qu'il y a eu constitution d'une fiducie par la Loi et par l'acte de cession — Distinction faite dans Kinloch entre vraie fiducie (au sens strict) et obligation gouvernementale (fiducie au sens large) où la Couronne exerce des fonctions gouvernementales — Seule la vraie fiducie est une obligation d'équité sanctionnée par les tribunaux — L'art. 18 et la cession créent une obligation gouvernementale et n'appuient pas une action fondée sur le manquement à une fiducie — Dans un contexte de droit public, ni l'emploi de l'expression «en fiducie», ni la saisine d'un bien devant être employé au profit d'un tiers, ne permettent de conclure à l'intention de créer une fiducie au sens strict — Les termes «à l'usage et au profit» à l'art. 18 visent l'objet de l'acte de l'exécutif par lequel les terres sont réservées pour les Indiens — Le pouvoir discrétionnaire que prévoit l'art. 18 indique que c'est au gouvernement de décider de l'usage des terres et est incompatible avec l'obligation sanctionnée par les tribunaux, d'employer le terrain d'une certaine manière — Le pouvoir que confère la cession quant à la location pour le bien-être des Indiens est une restriction au pouvoir légal du gouvernement — La restriction fait partie de l'économie de la loi et n'impose pas l'obligation de louer car elle entraînerait une modification fondamentale de la responsabilité de la Couronne — L'expression «en fiducie» dans la cession signifie que celle-ci et les arrangements ultérieurs étaient faits au profit des Indiens, parce qu'on la trouve également dans les dispositions donnant à la Couronne son titre légal, sans aucune intention de rendre

Indians — Reserve lands in Vancouver — Golf club wishing to lease — Indian Affairs arranging appraisal — Club making lease proposal disadvantageous to Band — Government misinforming appraiser as to proposal — Appraiser giving opinion offer satisfactory — Band not fully informed of proposal or appraiser's report — Band not having independent legal advice — Band voting for surrender — Government granting club lease with terms unlike those discussed at surrender meeting — Band suing Crown for breach of trust — Whether Crown obliged to lease on specific conditions — Statutory surrender formalities, necessary for conditions to be valid, not observed — Indians having what amounts to beneficial interest in nature of property right — May be subject of trust — S. 18 giving Governor in Council a discretion incompatible with imposition of equitable obligation enforceable by court — Appeal allowed — Action dismissed — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 18(1).

The Musqueam Indian Reserve No. 2, located within the City of Vancouver, consisted in large part of undeveloped land. A golf club expressed an interest in leasing some of this land, for development and use as a golf course and clubhouse site. In October, 1956, the Indian Affairs Branch arranged for an appraisal of the reserve lands to be made by one Howell, a qualified appraiser but not a land-use expert. His report characterized as a first-class residential area a tract that included the lands in which the club was interested. It also specified a per-acre value (\$5,500) and a fair rate of return (6%) for that tract. The Branch gave Band members only limited information regarding the contents of the Howell report, although the report's conclusions were communicated to the club. In April, 1957, the club sent to Anfield, the Branch's District Superintendent, a detailed proposal for a lease. It envisioned an initial term of 15 years, with provision for renewals totalling a further 60 years. Several aspects of the proposal were either decidedly or arguably disadvantageous to the Band. Among these were an initial annual rental lower than that implied by the figures in the Howell report. Anfield asked Howell for his opinion as to whether the proposed rental, and the rate of return which it would entail, were satisfactory. Howell replied in the affirmative; however, Anfield had failed to inform him of certain critical aspects of the proposal, and at trial, Howell indicated that his view of the matter would have been very different if he had had the additional data. Nonetheless, the opinion which he provided led to a decision by the government officials to accept the club's offer. The Band were not fully informed of the proposal. Nor did they receive a copy of Howell's letter. They

- la Couronne fiduciaire, compte tenu du pouvoir discrétionnaire conféré — Appel accueilli et action rejetée — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 2, 4(2), 18(1), (2), 19, 36, 37, 38, 39 (mod. par S.C. 1956, chap. 40, art. 11), 40, 41, 53(1), 57, 58, 60(1), 61(1), 73(1), 81 — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1970, chap. I-6, art. 18(1), 37, 38, 39, 40, 41, 61(1) — Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie Britannique, S.R.C. 1970, Appendice II, n° 10, cédule, art. 13 — Indian Affairs Settlement Act, S.B.C. 1919, chap. 32, art. 2 — Land Act, R.S.B.C. 1936, chap. 144, art. 93(1) — Règles de la Cour fédérale, C.R.C., chap. 663, Règle 409.*
- b* *Indiens — Terrains de la réserve à Vancouver — Club de golf intéressé à les louer — Les Affaires indiennes font faire l'évaluation — Le club fait des propositions de bail désavantageuses pour la bande — Le gouvernement n'informe pas l'évaluateur de tous les détails de la proposition — L'évaluateur estime que l'offre est satisfaisante — La bande n'est pas*
- c* *entièrement informée de la proposition ni du rapport de l'évaluateur — La bande n'a reçu aucun avis juridique indépendant — La bande vote pour la cession — Le gouvernement accorde au club un bail dont les conditions diffèrent de celles discutées à l'assemblée de cession — La bande poursuit la Couronne pour manquement à une fiducie — La Couronne est-elle*
- d* *obligée de louer à des conditions précises? — Les formalités légales quant à la cession, nécessaires pour que les conditions soient valides, n'ont pas été observées — Les Indiens ont un titre équivalent à un droit de propriété très proche du droit de propriété — Il peut y avoir fiducie — L'art. 18 confère au gouverneur en conseil un pouvoir discrétionnaire*
- e* *incompatible avec l'imposition d'une obligation d'équité sanctionnée par les tribunaux — Appel accueilli — Action rejetée — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, chap. 149, art. 18(1).*

La réserve indienne Musqueam n° 2, située à l'intérieur des limites de la ville de Vancouver, était constituée en grande partie de terrains non utilisés. Un club de golf était intéressé à louer une partie de ces terrains, pour l'aménager en terrain de golf, avec pavillon. En octobre 1956, la Direction des affaires indiennes a chargé M. Howell, qui était un évaluateur compétent mais pas un expert en aménagement immobilier, d'évaluer les terrains de la réserve. Son rapport qualifiait les terres comprenant le terrain intéressant le club de golf de terrains résidentiels de première classe. De plus, il les évaluait à 5 500 \$ l'acre et fixait à 6 % le taux de rendement équitable pour cette étendue de terrain. La Direction a donné peu de renseignements aux membres de la bande quant au contenu du rapport Howell, quoique le club de golf eût été informé des conclusions du rapport. En avril 1957, le club a fait parvenir à M. Anfield, surintendant de district de la Direction, une proposition détaillée pour la location, prévoyant une durée initiale de quinze ans avec la possibilité de reconduire le bail pour soixante ans. Plusieurs aspects de la proposition étaient incontestablement ou probablement désavantageux pour la bande, notamment, un loyer annuel initial inférieur à celui qui ressortait des données du rapport Howell. Anfield a demandé à Howell si, à son avis, le projet de location et le taux de rendement en résultant étaient satisfaisants. Howell a répondu par l'affirmative; toutefois, Anfield ne l'a pas informé de certains aspects importants de la proposition et, en première instance, Howell a indiqué que son opinion aurait été très différente s'il avait été au courant des renseignements supplémentaires. Néanmoins, les fonctionnaires du gouvernement se sont fondés sur son avis pour

did object to certain features of the proposal, but relented, after some pressure from Anfield. On October 6, 1957, a meeting of the Band was held to vote on the surrender of reserve lands to the Crown, to permit a lease to the club. The Band did not obtain independent legal or expert advice prior to this meeting, having been told that they were not allowed to do so. Further objections to the proposal were raised, but when it came time to vote, Band members still had not been informed of certain terms adverse to their interests, and were under a mistaken impression that certain points had been or would be amended in their favour. Following a reading of the surrender, that document was approved. It was subsequently accepted by the Governor in Council. Additional discussions and negotiations occurred, involving Branch officials and club representatives. The Branch did not consult with the Band or its Council again, and did not supply them with any further information, until January, 1958. A change in the draft lease insisted upon by the Council was never made, nor were other unfavourable terms removed. On January 22, 1958, the Branch and the club entered into a lease the terms of which bore little resemblance to those discussed at the surrender meeting. The Indians did not receive a copy of the lease until 1970. In 1975, the chief and councillors of the Band commenced this action, alleging that the Crown had committed a breach of trust "in agreeing to and executing the lease". The Trial Judge found that the surrender had created a trust, whereunder the Crown, as trustee, was obliged to lease to the club on specific conditions, even though those terms were not mentioned in the surrender itself. It was further held that the Crown had failed to obtain the Band's authorization for the substantial deviations from those terms which were incorporated into the lease. The Trial Judge declared that the Crown had committed a breach of trust, and awarded the respondents \$10 million in damages. The Crown appealed.

Held, the appeal should be allowed and the action dismissed.

In principle, there is nothing to prevent the Crown from acting as a trustee; however, the Crown must deliberately choose to do so. It was doubtful that the Crown could be made subject to a constructive trust. The Trial Judge did not, in any event, hold that a trust of that sort existed. Instead, he found that the surrender created an express trust, comprising the oral terms which he set forth.

Such terms, though, may not properly be implied, and so do not afford a basis for a finding of liability. Sections 37 through 41 of the Act (R.S.C. 1952, c. 149) establish certain formalities, which must be complied with in order for conditions attaching to a surrender to be valid. These have been prescribed as a matter of public policy, with a view to ensuring the protection of the particular band, and the proper discharge of the Government's responsibility for the Indians. They are also an important means of ensuring certainty as to the effect of the surrender, and the validity of any subsequent disposition of the land. In so far as the oral terms found by the Trial Judge are concerned, the formalities were not observed: the Band did not

accepter l'offre du club. La bande n'a pas été entièrement informée de la proposition. Elle n'a pas non plus reçu de copie de la lettre de Howell. Les membres de la bande se sont opposés à certaines caractéristiques de la proposition mais ont cédé après que Anfield eut exercé certaines pressions. Le 6 octobre 1957, il y a eu une assemblée de la bande pour voter sur la cession à la Couronne des terrains de la réserve, pour accorder un bail au club. Avant l'assemblée, la bande indienne n'avait obtenu aucun avis juridique indépendant ni aucun avis indépendant d'expert, car on lui avait dit qu'il ne lui était pas permis de le faire. Il y a eu certaines oppositions à la proposition mais, au moment du vote, les membres de la bande n'avaient toujours pas été informés de certaines conditions contraires à leurs intérêts et avaient la fausse impression que certains points avaient été modifiés en leur faveur ou allaient l'être. Après avoir été lu, l'acte de cession a été ratifié. Il a été par la suite accepté par le gouverneur en conseil. Les discussions et les négociations se sont poursuivies entre des fonctionnaires de la Direction et des représentants du club. La Direction n'a pas consulté la bande ni son conseil et ne leur a pas donné d'autres renseignements avant janvier 1958. La modification au projet du bail sur laquelle insistait le conseil n'a jamais été apportée et les autres conditions défavorables n'ont pas été supprimées. Le 22 janvier 1958, la Direction a conclu un bail avec le club dont les conditions ressemblaient peu à celles qui avaient été discutées à l'assemblée de cession. Les Indiens n'ont pas reçu de copie du bail avant 1970. En 1975, le chef et les conseillers de la bande ont engagé la présente action, en alléguant que la Couronne avait commis un manquement à une fiducie «en approuvant le bail et en acceptant de le conclure». Le juge de première instance a conclu que la cession avait emporté constitution d'une fiducie, en vertu de laquelle la Couronne, en tant que fiduciaire, était obligée de louer au club, à des conditions précises, même si ces conditions n'étaient pas stipulées dans le texte même de la cession. Il a en outre été jugé que la Couronne avait omis d'obtenir l'autorisation de la bande pour les modifications importantes apportées à ces conditions et inscrites dans le bail. Le juge de première instance a déclaré que la Couronne avait commis un manquement à une fiducie et a accordé aux intimés des dommages-intérêts de 10 millions de dollars. La Couronne a interjeté appel de cette décision.

Arrêt: l'appel est accueilli et l'action est rejetée.

En principe, il n'y a rien qui interdise à la Couronne d'agir comme fiduciaire; toutefois elle doit choisir expressément de le faire. Il n'était pas évident que la Couronne pouvait être l'objet d'une fiducie par interprétation. De toute façon, le juge de première instance n'a pas jugé qu'il existait une fiducie de ce genre. Il a conclu qu'une fiducie expresse avait été créée par la cession, comprenant les conditions verbales qu'il a énoncées.

Toutefois, de telles conditions ne peuvent être déduites en l'espèce et ne permettent donc pas de conclure à la responsabilité. Les articles 37 à 41 de la Loi (S.R.C. 1952, chap. 149) établissent certaines formalités qui doivent être remplies pour assurer la validité des conditions contenues dans une cession. Ces formalités d'intérêt public ont été prévues pour la protection de la bande indienne et pour assurer que le gouvernement s'acquitte régulièrement de ses responsabilités envers les Indiens. Elles permettent aussi de connaître avec certitude l'effet de la cession et assurent la validité de l'aliénation subséquente du bien-fonds. En ce qui concerne les conditions verbales retenues par le juge de première instance, les formali-

approve the terms, nor did the Governor in Council accept them. The cases indicate that the responsibilities of the Governor under the Act, being of great importance, cannot be discharged by a departmental official, but even if the situation were otherwise, the evidence does not indicate—and the Trial Judge did not find—that the oral conditions were accepted by any official.

Furthermore, in allowing for a conditional surrender, the Act contemplates that any conditions approved by a band will be incorporated into the document of surrender, either by an actual statement of them, or by reference. No such inclusion was made in the instant case.

As an alternative to relying on the supposed oral terms, the respondents contend that a trust was created by the terms of the surrender document, and that the Crown breached this trust by failing to exercise ordinary skill and prudence in the leasing of the land. They also argue that a trust was imposed on the Crown by the provisions of the Act—notably subsections 18(1) and 61(1).

There can, however, be no trust at all unless some form of property is present and acts as the subject-matter of the trust. In this regard, the appellant argues that the interest held by the Indians in the reserve lands did not in fact constitute property, and therefore could not have been the subject of a trust.

The nature and content of this kind of interest have been much commented upon, both with reference to the Act and otherwise, but they have yet to be authoritatively determined. The interest is not the legal title, for that belongs to the Crown. While not strictly a beneficial interest in land, it amounts to the same thing. It displaces the Crown's beneficial interest. Hence it is a qualification of the Crown's title of such content and substance as to be in the nature of a property right. Consequently, it may be the subject of a trust.

This does not decide the issue of whether the Act or the surrender made the Crown a trustee. A number of decisions, in particular that of the House of Lords in *Kinloch*, have established that where the Crown is involved in the performance of governmental functions, a distinction must be drawn between a "true trust", (or trust in the "lower" or private law sense) and a "governmental obligation" (or trust "in the higher sense"). Only the true trust is an equitable obligation enforceable by the courts.

Section 18, however, creates a governmental obligation. While the section does include the expression "in trust", in a public-law context neither the use of those words nor the fact that the property is to be held or dealt with for the benefit of others is conclusive evidence of an intention to create a true trust. As for the words "use and benefit", they are found not only in section 18, but also in several other provisions of the Act, and refer to the purpose of the executive act by which lands are reserved for the Indians. On the other hand, section 18 confers on the Governor in Council a discretion to determine "whether any purpose for which lands in a reserve . . . are to be used is for the use and benefit of the band". This indicates that it is for the Government to make this determination, not the courts. The section is indeed incompatible with an intention to impose on the Crown an equitable obligation, enforceable in the courts, to deal with reserve land in any particular manner. Other indications that the responsibility for a reserve is govern-

tés n'ont pas été remplies: ni la bande ni le gouverneur en conseil n'ont accepté ces conditions. La jurisprudence indique qu'un fonctionnaire d'un ministère ne peut s'acquitter des responsabilités très importantes que la Loi impose au gouverneur, et, même si la situation était différente, la preuve ne révèle pas et le juge de première instance n'a pas conclu que les conditions verbales avaient été acceptées par un fonctionnaire.

En outre, en disposant qu'une cession peut être conditionnelle, la Loi prévoit que toutes conditions approuvées par une bande seront incluses dans l'acte de cession expressément ou par renvoi. En l'espèce il n'y a pas eu de telle inclusion.

En plus de s'appuyer sur les présumées conditions verbales, les intimés soutiennent qu'il y a eu constitution de fiducie par l'acte de cession et que la Couronne a manqué à cette fiducie en n'apportant pas la diligence et le soin requis à la location du terrain. Ils soutiennent également que les dispositions de la Loi, notamment les paragraphes 18(1) et 61(1) ont imposé une fiducie à la Couronne.

Toutefois, il ne peut y avoir de fiducie sans une certaine forme de bien qui fasse l'objet de celle-ci. À cet égard, l'appelleant soutient que le droit indien grevant les terrains réservés n'était pas en fait un droit de propriété et ne pouvait donc faire l'objet d'une fiducie.

La nature et le contenu de ce genre d'intérêt ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence, avec des renvois à la Loi et autrement, mais ils n'ont pas été déterminés de façon définitive. L'intérêt ne constitue pas la propriété en *common law* car celle-ci est dévolue à la Couronne. Même s'il ne peut être qualifié de droit de propriété sur le terrain, cet intérêt équivaut à la même chose. Il enlève à la Couronne les principaux attributs de la propriété. Ainsi, il grève le titre de la Couronne à tel point qu'il est très proche du droit de propriété. Par conséquent il peut y avoir fiducie.

Toutefois, il faut encore déterminer si la Loi ou la cession impose une fiducie à la Couronne. D'après un certain nombre de décisions, en particulier selon celle de la Chambre des lords dans *Kinloch* il faut, lorsque la Couronne exerce des fonctions gouvernementales, établir une distinction entre une «vraie fiducie» (ou fiducie au sens «strict» ou au sens du droit privé) et une «obligation gouvernementale» (ou fiducie «au sens large»). Seule une fiducie au sens strict crée une obligation d'*equity* sanctionnée par les tribunaux.

Toutefois, l'article 18 crée une obligation gouvernementale. Bien que l'article contienne l'expression «en fiducie», ni l'emploi de cette expression ni la saisine d'un bien devant être employé de quelque manière au profit d'un tiers, ne permettent, dans un contexte de droit public, de conclure à l'intention de créer une fiducie au sens strict. Les termes «à l'usage et au profit» se retrouvent non seulement à l'article 18, mais aussi dans plusieurs autres dispositions de la Loi et visent l'objet de l'acte de l'exécutif par lequel les terres sont réservées pour les Indiens. Par ailleurs, l'article 18 confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire de décider «si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve . . . doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande». Ceci montre bien que c'est au gouvernement et non aux tribunaux qu'il appartient de prendre cette décision. En effet, l'article est incompatible avec l'intention d'imposer à la Couronne une obligation d'*equity*, sanctionnée par les tribunaux, d'employer le terrain d'une réserve d'une

mental in character may be found in the Act. Section 18 affords no basis for an action for breach of trust in relation to the management or disposition of reserve lands.

The same conclusion applies in respect of the surrender. The authority to lease the surrendered lands in the interest of the Indians' welfare—an authority which, by its terms, the surrender bestows upon the Government—amounts to a qualification upon the powers of control and management given to the Government by the Act. The qualification, however, is itself within the statutory scheme. Accordingly, it does not impose any obligation to lease, for, as a part of the statutory scheme, a conditional surrender cannot have been intended to work as fundamental a change in the nature of the Crown's responsibility as such an obligation would entail. Again, the words "in trust" do appear in the surrender, but they are also found in the key provisions of the Orders in Council and provincial statute under which the federal Government obtained legal title to the reserve land. In those provisions, the aim of using the expression "in trust" cannot have been to make the federal Crown a true trustee—especially since, by the terms of the grant to it, the federal Government was expressly given a discretion to determine what use of the land would benefit the Indians. Given this context of statute and intergovernmental agreement, the words "in trust", as employed in the surrender, must be understood simply to signify that the surrender was, and any subsequent dealings with the surrendered lands were to be, for the benefit of the Indians.

It is unnecessary in this case to decide whether there is a court-enforceable obligation with respect to the application of revenue from a lease of reserve lands. Nor is it necessary to decide what the nature and extent of such an obligation might be. Those are issues which involve considerations different from the ones that apply here. They would turn upon section 61 and the provisions which follow it, and upon the pertinent terms of the surrender.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Rustomjee v. The Queen (1876), Q.B.D. 69 (C.A.); *Civilian War Claimants Association, Limited v. The King*, [1932] A.C. 14 (H.L.); *Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.); *The Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 S.C.R. 1; *Tito and others v. Waddell and others* (No 2), [1977] 3 All ER 129 (Ch.D.); *Town Investments Ltd. and Others v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.); *Amodu Tijani v. The Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 (P.C.).

DISTINGUISHED:

Regina v. Taylor et al. (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (Ont. C.A.).

CONSIDERED:

St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King, [1950] S.C.R. 211, affirming [1950] Ex.C.R. 185; *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73 (P.C.); *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Attorney-General for the Province of*

certain manière. La Loi indique en d'autres occasions que la responsabilité de la réserve est de nature gouvernementale. L'article 18 ne constitue pas le fondement d'une action pour manquement à une fiducie dans l'administration ou l'aliénation de terrains réservés.

a La même conclusion s'applique en ce qui a trait à la cession. Le pouvoir de louer les terrains cédés dans l'intérêt du bien-être des Indiens est un pouvoir accordé au gouvernement par les conditions de la cession, qui équivaut à une restriction apportée au pouvoir légal de saisine du gouvernement. Toutefois, la restriction en elle-même fait partie de l'économie de la loi. Par conséquent, elle n'impose pas l'obligation de louer car, selon l'économie de la loi, l'intention ne pouvait pas être de modifier fondamentalement, par la cession conditionnelle, la nature de la responsabilité de la Couronne. En outre, les mots «en fiducie» sont employés dans la cession mais ils apparaissent également dans les dispositions importantes des décrets et de la loi provinciale en vertu de laquelle le gouvernement fédéral a obtenu le titre légal des terrains de la réserve. Dans ces dispositions, l'expression «en fiducie» ne pouvait avoir pour but de faire de la Couronne fédérale un véritable fiduciaire, surtout que les conditions de l'octroi donnent expressément au gouvernement fédéral le pouvoir discrétionnaire de déterminer quel usage du bien-fonds sert au mieux l'intérêt des Indiens. Dans le contexte de cette loi et de l'accord entre les gouvernements, les termes «en fiducie» dans l'acte de cession doivent simplement être interprétés comme signifiant que la cession et toute opération subséquente sont faites pour le profit des Indiens.

e Il n'est pas nécessaire en l'espèce de décider de l'existence d'une obligation, pouvant être sanctionnée par les tribunaux, en ce qui concerne l'utilisation du loyer des terrains de la réserve. Il n'est pas non plus nécessaire de décider quelles seraient la nature et la portée d'une telle obligation. Ces questions soulèvent des considérations différentes de celles qui s'appliquent en l'espèce. Elles porteraient sur les articles 61 et suivants et sur les conditions pertinentes de la cession.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Rustomjee v. The Queen (1876), 2 Q.B.D. 69 (C.A.); *Civilian War Claimants Association, Limited v. The King*, [1932] A.C. 14 (H.L.); *Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619 (H.L.); *The Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 1; *Tito and others v. Waddell and others* (No 2), [1977] 3 All ER 129 (Ch.D.); *Town Investments Ltd. and Others v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 (H.L.); *Amodu Tijani v. The Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 (P.C.).

DISTINCTION FAITE AVEC:

Regina v. Taylor et al. (1981), 62 C.C.C. (2d) 227 (C.A. Ont.).

DÉCISIONS EXAMINÉES:

St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King, [1950] R.C.S. 211, confirmant [1950] R.C.É. 185; *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73 (P.C.); *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46 (P.C.); *Attorney-General for the Province of*

Quebec and Others v. Attorney-General for the Dominion of Canada and Another, [1921] 1 A.C. 401 (P.C.); *Calder, et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955); *United States v. Sioux Nation of Indians et al.*, 448 U.S. 371; 65 LEd2d 844 (1980); *The Queen v. Devereux*, [1965] S.C.R. 567, reversing [1965] 1 Ex.C.R. 602; *Joe et al. v. Findlay* (1981), 122 D.L.R. (3d) 377 (B.C.C.A.), affirming (1978), 87 D.L.R. (3d) 239 (B.C.S.C. Chambers); *Brick Cartage Limited v. The Queen*, [1965] 1 Ex.C.R. 102; *Miller v. The King*, [1950] S.C.R. 168.

REFERRED TO:

Reference re Stony Plain Indian Reserve No. 135 (1981), 130 D.L.R. (3d) 636 (Alta. C.A.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 199 (P.C.); *Shoshone Tribe of Indians v. United States*, 299 U.S. 476 (1937).

COUNSEL:

W. I. C. Binnie, Q.C., G. O. Eggertson and M. Taylor for appellant (defendant).

M. R. V. Storrow, S. R. Schachter, J. I. Reynolds and L. F. Harvey for respondents (plaintiffs).

SOLICITORS:

Deputy Attorney General of Canada for appellant (defendant).

Davis & Company, Vancouver, for respondents (plaintiffs).

The following are the reasons for judgment rendered in English by

LE DAIN J.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division [[1982] 2 F.C. 385] declaring the Crown to be in breach of trust in respect of the leasing by it on January 22, 1958 of some 162 acres of surrendered land in the Musqueam Indian Reserve No. 2 in Vancouver to the Shaughnessy Heights Golf Club and awarding the respondents \$10 million in damages. The respondents cross-appeal, seeking an increase in the amount of damages, and a reversal of the Trial Division's refusal to award pre-judgment interest, an increase in the post-judgment rate of interest, and costs on a fixed or lump sum basis.

The respondent Delbert Guerin is described in the statement of claim as the Chief of the Musqueam Indian Band and the respondents Joseph Becker, Eddie Campbell, Mary Charles, Gertrude

Quebec and Others v. Attorney-General for the Dominion of Canada and Another, [1921] 1 A.C. 401 (P.C.); *Calder, et autres c. Le Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955); *United States v. Sioux Nation of Indians et al.*, 448 U.S. 371; 65 LEd2d 844 (1980); *The Queen v. Devereux*, [1965] R.C.S. 567, infirmant [1965] 1 R.C.É. 602; *Joe et al. v. Findlay* (1981), 122 D.L.R. (3d) 377 (C.A.C.-B.), confirmant (1978), 87 D.L.R. (3d) 239 (C.S.C.-B. en cabinet); *Brick Cartage Limited v. The Queen*, [1965] 1 R.C.É. 102; *Miller v. The King*, [1950] R.C.S. 168.

DÉCISIONS CITÉES:

Reference re Stony Plain Indian Reserve No. 135 (1981), 130 D.L.R. (3d) 636 (C.A. Alb.); *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1897] A.C. 199 (P.C.); *Shoshone Tribe of Indians v. United States*, 299 U.S. 476 (1937).

AVOCATS:

W. I. C. Binnie, c.r., G. O. Eggertson et M. Taylor pour l'appelante (défenderesse).

M. R. V. Storrow, S. R. Schachter, J. I. Reynolds et L. F. Harvey pour les intimés (demandeurs).

PROCUREURS:

Le sous-procureur général du Canada pour l'appelante (défenderesse).

Davis & Company, Vancouver, pour les intimés (demandeurs).

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

LE JUGE LE DAIN: Appel est formé d'un jugement de la Division de première instance [[1982] 2 C.F. 385] déclarant la Couronne responsable d'un manquement à une fiducie en ce qui concerne la location, le 22 janvier 1958, de quelque 162 acres d'un terrain de la réserve indienne Musqueam n° 2, près de Vancouver, au club de golf Shaughnessy Heights, et accordant aux intimés 10 000 000 \$ de dommages-intérêts. Les intimés forment appel incident, demandant l'augmentation des dommages-intérêts, la réformation du refus de la Division de première instance d'accorder un intérêt avant jugement, la hausse du taux d'intérêt d'après jugement et des dépens sous forme forfaitaire.

Selon la déclaration, l'intimé Delbert Guerin est le chef de la bande indienne Musqueam et les intimés Joseph Becker, Eddie Campbell, Mary Charles, Gertrude Guerin et Gail Sparrow, sont

Guerin and Gail Sparrow as councillors of the Band. The respondents sue on their own behalf and on behalf of all past, present and future members of the Band.

The Musqueam Indian Band is a "band" within the meaning of the *Indian Act*, R.S.C. 1970, c. I-6, and the Musqueam Indian Reserve No. 2 is a "reserve" within the meaning of the Act.

Article 13 of the Terms of Union upon which British Columbia was admitted into Canada by imperial Order in Council of May 16, 1871 (*[Order of Her Majesty in Council Admitting British Columbia into the Union]* R.S.C. 1970, Appendix II, No. 10, at pages 284-285) made the following provisions concerning responsibility for the Indians in British Columbia:

13. The charge of the Indians, and the trusteeship and management of the lands reserved for their use and benefit, shall be assumed by the Dominion Government, and a policy as liberal as that hitherto pursued by the British Columbia Government shall be continued by the Dominion Government after the Union.

To carry out such policy, tracts of land of such extent as it has hitherto been the practice of the British Columbia Government to appropriate for that purpose, shall from time to time be conveyed by the Local Government to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians on application of the Dominion Government; and in case of disagreement between the two Governments respecting the quantity of such tracts of land to be so granted, the matter shall be referred for the decision of the Secretary of State for the Colonies.

The land for the Musqueam Reserve, consisting of 416.82 acres, was set aside for the use and benefit of the Musqueam Band and conveyed by the Province of British Columbia to the Dominion of Canada by Order in Council 1036 made July 29, 1938, pursuant to section 2 of the *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, c. 32, and section 93 of the *Land Act*, R.S.B.C. 1936, c. 144, subsection (1) of which provided:

93. (1.) The Lieutenant-Governor in Council may at any time, by notice signed by the Minister and published in the Gazette, reserve any Crown lands not lawfully held by pre-emption, purchase, lease, or Crown grant, or under timber licence, for the purpose of conveying the same to the Dominion Government in trust for the use and benefit of the Indians, and in trust to reconvey the same to the Provincial Government in case the lands at any time cease to be used by the Indians; and the Lieutenant-Governor in Council may also similarly reserve any such lands for railway purposes or for such other purposes as may be deemed advisable.

membres du conseil de bande. Les intimés agissent en leur nom propre et au nom de tous les membres passés, présents et futurs de la bande.

^a La bande indienne Musqueam est une «bande» aux termes de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1970, chap. I-6, et la réserve indienne Musqueam n° 2, une «réserve» au sens de cette Loi.

^b L'article 13 des Conditions de l'Union de la Colombie-Britannique au Canada, opérée par le décret impérial du 16 mai 1871 (*[Arrêté en conseil de Sa Majesté admettant la Colombie Britannique]* S.R.C. 1970, Appendice II, n° 10, aux pages 284 et 285) stipule ce qui suit au sujet de la prise en charge des Indiens de Colombie-Britannique:

13. Le soin des Sauvages, et la garde et l'administration des terres réservées pour leur usage et bénéfice, incomberont au Gouvernement Fédéral, et une ligne de conduite aussi libérale que celle suivie jusqu'ici par le gouvernement de la Colombie Britannique sera continuée par le Gouvernement Fédéral après l'Union.

^d Pour mettre ce projet à exécution, des étendues de terres ayant la superficie de celles que le gouvernement de la Colombie Britannique a, jusqu'à présent, affectées à cet objet, seront de temps à autre transférées par le Gouvernement Local au Gouvernement Fédéral au nom et pour le bénéfice des Sauvages, sur demande du Gouvernement Fédéral; et dans le cas où il y aurait désaccord entre les deux gouvernements au sujet de la quantité des étendues de terre qui devront être ainsi concédées, on devra en référer à la décision du Secrétaire d'Etat pour les Colonies.

^e La réserve Musqueam, d'une superficie de 416,82 acres, réservée à l'usage et au profit de la bande Musqueam a été transférée par la province de Colombie-Britannique au Dominion du Canada par le décret 1036 du 29 juillet 1938, pris en application de l'article 2 de l'*Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, chap. 32, et de l'article 93 du *Land Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 144, dont voici le paragraphe (1):

^f [TRADUCTION] 93. (1.) Le lieutenant-gouverneur en Conseil peut, à tout moment, par avis signé de la main du Ministre et publié dans la Gazette, réserver toute terre domaniale que ne grèverait aucun droit de préemption, qui n'a été ni achetée ni louée et qui n'a fait l'objet d'aucune concession forestière ou autre de la part de la Couronne, afin de les céder au Gouvernement du Dominion, en fiducie, au bénéfice des Indiens, sous condition de rétrocession audit gouvernement provincial advenant que ces biens-fonds cessent d'être utilisés par les Indiens; le lieutenant-gouverneur en Conseil peut de même réserver certains de ces biens-fonds pour les chemins de fer ou pour toute fin jugée opportune.

The provincial Order in Council provided in part as follows:

... the lands set out in schedule attached hereto be conveyed to His Majesty the King in the right of the Dominion of Canada in trust for the use and benefit of the Indians of the Province of British Columbia, subject however to the right of the Dominion Government to deal with the said lands in such manner as they may deem best suited for the purpose of the Indians including a right to sell the said lands and fund or use the proceeds for the benefit of the Indians subject to the condition that in the event of any Indian tribe or band in British Columbia at some future time becoming extinct that any lands hereby conveyed for such tribe or band, and not sold or disposed of as heretofore provided, or any unexpended fund being the proceeds of any such sale, shall be conveyed or repaid to the grantor

In the 1950's officials in the Indian Affairs Branch of the Department of Citizenship and Immigration were considering how the land of the Musqueam Reserve should be developed for the benefit of the Band. They were concerned about the extent of individual allotments in the reserve and their effect on the development of the reserve for the benefit of the Band as a whole. The two officials principally concerned were Frank E. Anfield, District Superintendent (sometimes referred to as "officer in charge of the Vancouver agency"), and his superior, William S. Arneil, Indian Commissioner for British Columbia. Neither Anfield nor Arneil was alive at the time of the trial so we do not have the benefit of their testimony as to what was discussed in important meetings, but the role they played is fairly fully disclosed by the documents. On October 11, 1955 Anfield wrote to Arneil with reference to a resolution of the Band Council of May 7, 1952 approving the allotment of some 396 out of the total of 416 acres in the Musqueam Reserve to individual members of the Band. His letter contained the following passages concerning the problem of individual allotments and the development of the reserve for the benefit of the Band:

The future of the valuable Reserve, situated within the charter area of the City of Vancouver, is of paramount concern to the Indians as well as others. Applications are on file for the acquisition by sale and lease of large areas of the unused, as well as the used portions of this Reserve, but it is practically impossible to get into any workable negotiations until this problem of individual land holdings is settled once and for all.

The Department cannot lightly refuse allotment of domestic land holdings to individual Band members. This is their right.

Le décret provincial dispose notamment:

[TRADUCTION] . . . les terrains décrits en l'annexe ci-jointe sont cédés à Sa Majesté le Roi du chef du Dominion du Canada, en fiducie, pour l'usage et le bénéfice des Indiens de la province de Colombie-Britannique, sous réserve toutefois du droit du Gouvernement du Dominion d'administrer lesdits biens-fonds de la manière qu'il considérera la plus appropriée aux Indiens, y compris le droit d'aliéner lesdits biens-fonds et d'employer les sommes réalisées au profit des Indiens, sous réserve encore qu'advenant qu'une bande ou tribu indienne de Colombie-Britannique soit frappée d'extinction, les biens-fonds ainsi cédés pour elle, qui ne sont pas aliénés comme il est prévu ci-dessus, ou le reliquat des sommes réalisées lors des aliénations, retourneront ou seront remboursés au donateur . . .

Pendant les années cinquante, les fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes du ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration s'interrogeaient sur la façon d'employer les terrains de la réserve Musqueam au meilleur intérêt de la bande indienne. La progression du lotissement individuel dans la réserve et ses incidences sur l'aménagement global de la réserve et le bien-être de l'ensemble de la bande indienne les inquiétaient. Les deux fonctionnaires les plus directement concernés étaient Frank E. Anfield, surintendant de district (auquel on donne parfois le titre de responsable de l'agence de Vancouver) et son supérieur, William S. Arneil, commissaire aux Indiens pour la Colombie-Britannique. Ni Anfield ni Arneil n'étaient en vie au moment du procès de sorte que nous n'avons pas leurs témoignages sur les débats de certaines assemblées importantes; néanmoins, le rôle qu'ils ont joué ressort assez bien des pièces littérales dont nous disposons. Le 11 octobre 1955, Anfield écrivit à Arneil au sujet d'une résolution adoptée par le conseil de bande le 7 mai 1952, qui approuvait l'allocation de 396 acres, sur un total de 416, de la réserve Musqueam à certains membres de la bande. Cette lettre comporte les passages suivants qui traitent du morcellement de la réserve en lots individuels et de ses incidences sur son aménagement au profit de l'ensemble de la bande:

[TRADUCTION] L'avenir de cette réserve dont la valeur est incontestable, située comme elle est dans les limites de la ville de Vancouver, est de la plus haute importance pour les Indiens comme pour les tiers. Les dossiers recèlent de nombreuses demandes d'achat ou de location de larges superficies, utilisées ou non, de cette réserve, mais il est pratiquement impossible d'engager des négociations qui aient un sens tant que la question de la propriété individuelle du bien-fonds ne sera pas définitivement réglée.

Le Ministère ne peut à la légère refuser de louer des terrains aux membres de la bande individuellement. C'est là leur droit.

But to permit individual ownership of large unused areas with the right to lease on an individual basis can only end in economic disaster for the Band as a whole. The area is presently zoned against industry and for the present is restricted to agricultural use, but this could easily be changed to such uses as golf courses, and eventually to residential occupancy: these uses of course to be operative only on alienation of the reserve by sale or lease. Long term development of the reserve for the benefit of the Band should be by the leasing of large areas on the best possible terms.

It may be necessary in time to move the existing scattered village to a new site either on or off the present reserve and consequently individual land holdings should be confined to actually required areas and every effort made to keep unused areas solely within control of the whole Musqueam Band.

On November 16, 1955 William C. Bethune, Acting Superintendent, Reserves and Trusts, in Ottawa, wrote to Arneil with reference to the proposed policy concerning individual allotments in the reserve, and said:

Your remarks with respect to a possible proposal involving leasing of an area for golf club purposes, of a plan for a model Indian village and of a proposed park area have been noted with interest. You refer to satisfactory rentals and it is presumed no one has in mind acquiring any portion of the Reserve for less than full current value.

In a report to Arneil on September 17, 1956 Anfield recommended that a detailed study be made of the various requirements for land in the reserve, that there be an expert appraisal, and that an expert estate planner be retained to advise on the best use to be made of the reserve. On the need for expert advice he said:

It seems to me that the real requirement here is the services of an expert estate planner with courage and vision and whose interest and concern would be as much the future of the Musqueam Indians as the revenue use of the lands unrequired by these Indians. It is essential that any new village be a model community. The present or any Agency staff set up could not possibly manage a project like this, and some very realistic and immediate plans must be formulated to bring about the stated wish of these Musqueam people, the fullest possible use and development for their benefit, of what is undoubtedly the most potentially valuable 400 acres in metropolitan Vancouver today.

Anfield also recommended that the unrequired land in the reserve be "publicly advertised for lease use", and he spoke of the possibility of another "British Properties" development.

Mais autoriser l'appropriation privée de larges superficies inutilisées, avec droit de louer sur une base individuelle, ne peut que conduire au désastre économique pour l'ensemble de la bande. La réglementation de zonage du secteur interdit actuellement l'implantation d'industries, n'autorisant que l'agriculture, mais elle pourrait facilement être modifiée de façon à permettre certaines utilisations comme les clubs de golf et même, éventuellement, l'occupation résidentielle: ces usages, naturellement, ne seraient possibles qu'après aliénation de la réserve par vente ou location. Le développement à long terme de la réserve pour le plus grand profit de la bande devrait se faire par la location de larges superficies aux meilleures conditions.

Il pourrait être nécessaire de reconstituer à un autre endroit, dans la réserve ou ailleurs, le village actuel, dont les habitations sont dispersées. En conséquence, les tenures foncières individuelles devraient être confinées aux aires actuellement utilisées et tout devrait être mis en œuvre pour que l'ensemble de la bande Musqueam conserve entièrement le contrôle des secteurs encore vierges.

Le 16 novembre 1955, William C. Bethune, surintendant par intérim, réserves et fidéicommiss, à Ottawa, écrivit à Arneil au sujet de la politique à suivre à l'égard du morcellement de la réserve en lots individuels, disant:

[TRADUCTION] Vos remarques au sujet d'un projet éventuel de location d'une certaine superficie à un club de golf, d'un projet de village indien pilote et de l'aménagement d'un parc, ont suscité beaucoup d'intérêt. Vous parlez de loyer satisfaisant et je présume que personne ne songe à acquérir une portion de la réserve à un prix inférieur à sa pleine valeur.

Dans un rapport adressé à Arneil, en date du 17 septembre 1956, Anfield recommandait une étude détaillée des divers besoins fonciers de la réserve: un expert ferait une évaluation foncière et on retiendrait les services d'un expert en planification foncière pour déterminer le meilleur emploi pouvant être fait de la réserve. À ce sujet, il dit:

[TRADUCTION] Il semble que ce qu'il faut surtout ici, ce sont les services d'un expert en planification foncière courageux, visionnaire et prenant à cœur tant l'avenir des Indiens Musqueam que le revenu que pourraient générer les terrains dont les Indiens n'ont pas besoin. Il est essentiel que tout nouveau village soit un village modèle. Le personnel actuel ou futur de l'agence n'est pas à même de gérer un projet semblable; il importe de faire au plus tôt des plans on ne peut plus pratiques pour réaliser la volonté expresse des Musqueams, faire le meilleur usage et le meilleur aménagement possible, à leur profit, de ce qui constitue sans doute les 400 acres ayant, potentiellement, la plus grande valeur dans le grand Vancouver d'aujourd'hui.

Anfield proposa aussi que les terrains non utilisés de la réserve soient «publiquement offerts en location», faisant allusion à la possibilité d'un aménagement analogue aux «British Properties».

On October 1, 1956 the Band Council resolved that a land appraisal of the reserve be made at Band expense by personnel of the Veterans Land Administration in order to determine the total value of the land for leasing purposes.

In a memorandum to Arneil on October 12, 1956, Anfield reported on a meeting with officials of the City of Vancouver concerning the possibility of leasing the 184 acres in "the lower land area" of the reserve to the City for garbage-disposal purposes. He also referred to the possibility of a lease of the "upper level" of 232 acres to the Shaughnessy Golf Club as follows:

It was agreed that any attempt to lease either the upper level area as a golf course to the Shaughnessy Golf Club, or the lower area to the City must be made on a joint basis, that is both discussions must proceed at the same time.

Mr. Oliver advised that in his opinion the City would be prepared to lease the area at the rental to be agreed upon, the City then to advance the cash required for the rehabilitation of the existing home owners to a model village site, the cost of same to be refunded over a comparatively long term basis. It would be possible that only minimal rentals would be paid in cash during the refunding period.

If at the same time 150 acres was leased to the Shaughnessy Golf Club for a golf course and clubhouse site at a figure say of \$20,000 to \$25,000 per year, revenue funds would then be coming into the Band at the same time that the cost of the model village was being refunded.

This seemed to have merit to all concerned and it was agreed that each group would keep each other posted, and that as soon as the appraisal had been received a closed meeting of the three groups concerned, the City, Shaughnessy Golf Club and this Department would be held in an effort to come to positive terms.

As indicated in Anfield's letter of October 11, 1955, various parties had expressed interest in purchasing or leasing land in the Musqueam Reserve. This was confirmed in a letter of October 25, 1956 from Bethune to W. Strojick, Superintendent, Property Division, of the Veterans' Land Act Administration, requesting an appraisal of the reserve that would distinguish between the "upper lands", on which the golf course is located, and the "low lying lands". He said: "The reports we have received indicate that a number of parties have approached our Commissioner's office at Vancouver with respect to securing a portion of this Reserve . . ."

Le 1^{er} octobre 1956, le conseil de bande résolut de faire procéder à une évaluation foncière de la réserve, aux frais de la bande, par le personnel de l'Administration des terres destinées aux anciens combattants, afin de connaître la valeur locative totale des terrains.

Dans une note de service envoyée à Arneil le 12 octobre 1956, Anfield rapporte avoir rencontré certains fonctionnaires de la ville de Vancouver au sujet de la location éventuelle à la ville de 184 acres des «basses terres» de la réserve comme dépôt. Il parle aussi de la location possible des «hautes terres» (232 acres) au club de golf Shaughnessy:

[TRADUCTION] Il a été convenu que toutes les démarches visant à louer les hautes terres comme terrain de golf au club Shaughnessy ou les basses terres à la ville, devaient être simultanées, c'est-à-dire qu'il fallait mener de front les pourparlers.

M. Oliver a indiqué que la ville était prête à louer, au loyer qui serait éventuellement convenu; la ville avancerait alors les fonds nécessaires à la réinstallation des propriétaires des maisons actuelles sur le site du village pilote, contre remboursement à plus ou moins long terme. Il pourrait n'y avoir à payer qu'un loyer minime au cours de la période de remboursement.

Si, au même moment, 150 acres étaient loués au club Shaughnessy pour l'aménagement d'un terrain de golf et d'un pavillon pour un loyer de 20 000 \$ à 25 000 \$ l'an, la bande disposerait d'un revenu au moment même où elle aurait à rembourser le coût du village pilote.

Cela semblerait devoir profiter à tous les intéressés, aussi a-t-il été convenu que chaque partie resterait en contact avec les autres et que, dès que l'évaluation aurait été faite, les trois groupes intéressés seulement, la ville, le club de golf Shaughnessy et le Ministère, se rencontreraient pour parvenir à une entente.

Comme le dit la lettre d'Anfield du 11 octobre 1955, plusieurs personnes s'étaient déjà dites intéressées à acheter ou à louer certains terrains de la réserve Musqueam. C'est ce que confirme d'ailleurs une lettre du 25 octobre 1956, adressée par Bethune à W. Strojick, surintendant de la division des biens à l'Administration des terres destinées aux anciens combattants, demandant que l'évaluation de la réserve distingue les «hautes terres», où serait aménagé le terrain de golf, des «basses terres». Il dit: [TRADUCTION] «Les rapports qui nous sont parvenus indiquent que plusieurs demandes ont été présentées au bureau du commissaire, à Vancouver, concernant l'appropriation d'une partie de la réserve . . .»

The appraisal of the Musqueam Reserve was made by Alfred Howell, an appraiser with the Veterans' Land Act Administration. Howell was a qualified appraiser, but not a land-use expert. His report dated December 28, 1956 characterized the upper land, on which the golf club was eventually located, as a first-class residential area and put a value on it of \$5,500 per acre. The total value of \$1,360,000 placed on the land assumed a rate of return of 6%.

About the same time as Howell made his appraisal, the "Turner Report" on the adjacent University Endowment Lands of the University of British Columbia was being prepared. This report recommended long-term leasing of the endowment lands for residential development and put a value on the land of \$13,000 per acre. The report acknowledged that the 99-year lease for residential purposes, which it strongly recommended, was not yet well understood, but expressed confidence that it could be made attractive to prospective homeowners. There is an indication in the acknowledgments section of the report that personnel in the Indian Affairs Branch in Vancouver were among those consulted in the course of its preparation.

The Musqueam Band was not given a copy of the Howell report. It did not obtain one until after the action was instituted in December 1975. Members of the Band were informed by Anfield of some of its contents at meetings of the Band Council or the Band. Anfield disclosed the conclusions of the Howell report to the golf club.

In 1957 Anfield pursued discussions with R. T. Jackson, then president of the Shaughnessy Golf Club, and E. L. Harrison, a director of the club who succeeded Jackson as president during that year, concerning the possibility of a lease of the upper level Musqueam land to the club. It was during these discussions that the Howell evaluation of the land was made known to the club, although it had not yet been disclosed to the Band. Anfield was evidently concerned about the club's reaction to Howell's estimate of a fair rental value for the land. This is reflected in a draft letter dated February 13, 1957 from Anfield to Jackson, which Anfield decided not to send. In it Anfield referred

L'évaluation de la réserve Musqueam a été effectuée par Alfred Howell, évaluateur de l'Administration des terres destinées aux anciens combattants, qui, malgré ses compétences, n'était pas un expert en aménagement immobilier. Son rapport, en date du 28 décembre 1956, qualifie les hautes terres (le futur emplacement du club de golf) de terrains résidentiels de première classe; il les évalue à 5 500 \$ l'acre. La valeur totale de 1 360 000 \$ attribuée au bien-fonds, suppose un taux de rendement de 6 %.

L'évaluation d'Howell date de la même époque que la rédaction du «rapport Turner» portant sur les terrains adjacents de la Fondation de l'Université de Colombie-Britannique. Ce rapport recommandait la location à long terme des terrains de la Fondation à des fins d'aménagement résidentiel, et leur attribuait une valeur de 13 000 \$ l'acre. Les auteurs du rapport recommandaient un bail de 99 ans à des fins résidentielles, tout en admettant que cette formule n'était pas encore très bien comprise; mais ils étaient convaincus qu'elle attirerait éventuellement des preneurs. À la rubrique des remerciements, le rapport indique que le personnel de la Direction des affaires indiennes de Vancouver a été consulté au moment de sa rédaction.

Aucune copie du rapport Howell n'a été remise à la bande Musqueam. Ce n'est qu'après avoir engagé l'action, en décembre 1975, qu'elle en obtint une. Anfield fit connaître aux membres de la bande une partie de son contenu à diverses assemblées du conseil de bande ou de la bande elle-même. Il informa aussi le club de golf des conclusions du rapport Howell.

En 1957, Anfield entra en pourparlers avec R. T. Jackson, alors président du club de golf Shaughnessy, et E. L. Harrison, un administrateur du club, qui succéda à Jackson à la présidence au cours de cette année-là; ils discutèrent de la location éventuelle des hautes terres Musqueam au club. C'est au cours de ces pourparlers que l'on informa le club de l'évaluation du bien-fonds par Howell, qui pourtant n'avait pas encore été communiquée à la bande. Manifestement, Anfield était très inquiet de la réaction que pouvait avoir le club devant l'estimation par Howell de la valeur locative du bien-fonds. Cela ressort d'un projet de lettre, en date du 13 février 1957, qu'Anfield

to the value placed on the land by the Howell report and concluded:

The investment of this land, even at a minimum of 5% indicates a possible rental of the 150 acres in the neighbourhood of \$37,500.00.

We felt that we should get this information to you immediately so that you could do some thinking about it with a view to discussion in the immediate future, as to whether or not you wish to pursue this matter.

You will realize that we will be bound by an official appraisal not to invest this land at less than the going rate, and I hope that the contents of this letter will not come as too great a shock to you.

Notes made by Anfield on March 13, 1957 with reference to his discussions with the golf club contained the statement: "Minimum rental expected for 150 acres would be in the neighbourhood of \$40,000.00 a year."

In a letter to Jackson on April 1, 1957 Anfield said:

Whilst the appraiser has committed himself to a statement that there might be a diminution in rental values on the yellow bordered area, he points out, and insists that we keep very much in mind the fact that he has arrived at his overall figure of \$5500.00 per acre value for the 220 acres lying above the 125 ft. contour as an average value, and he feels that if we start cutting down from this average value of \$5500.00 per acre we are going to end up with considerably less than the real value of the acreage of land. He does not feel that he should commit himself to a reduction by percentages or dollars, and thinks that we would be well advised to stand on the basis of \$5500.00 per acre value, capitalized at 6% to determine the rental right across the line.

I thought I should let you have this information as I am well aware that the financial angle of this thing is going to be quite likely the determining factor in your thinking. I trust that this information may assist you and your committee in further consideration of any submission that your Shaughnessy Golf Club may care to make to this Department on behalf of the Musqueam Indians, to whom eventually, of course, the submission must be presented, and whose decision will be final.

On April 4, 1957 Harrison, who had become the president of the Shaughnessy Golf Club, wrote to Anfield setting out as follows the terms which he was prepared to place before the members of the club as the basis for a lease of land in the reserve:

1. The area to be leased comprises approximately 160 acres of the Indian Reserve and is in the location discussed at our meeting yesterday.

2. We are to have the right to construct on the leased area a golf course and country club and such other buildings and facilities as we consider appropriate for our membership.

adressait à Jackson, mais qu'il décida de ne pas envoyer. Anfield l'informait de la valeur attribuée au terrain dans le rapport Howell et concluait:

[TRADUCTION] L'emploi de ce bien-fonds, même avec un rendement minimum de 5 %, produira un loyer, pour 150 acres, de l'ordre de 37 500 \$.

Nous tenions à vous prévenir immédiatement de façon à vous permettre de réfléchir à ce sujet, avant nos discussions prochaines sur votre intention de donner ou non suite à l'affaire.

b Vous comprendrez qu'une évaluation officielle nous interdit d'employer le bien-fonds à un taux moindre que le taux courant; le contenu de la présente, je l'espère, ne vous surprendra pas trop.

c Les notes rédigées par Anfield le 13 mars 1957 au sujet des pourparlers avec le club de golf comportent le commentaire suivant: [TRADUCTION] «Loyer minimum prévu pour les 150 acres serait dans le voisinage de 40 000 \$ l'an.»

d Dans une lettre adressée à Jackson le 1^{er} avril 1957, Anfield dit:

[TRADUCTION] L'évaluateur a expressément déclaré qu'une diminution des valeurs locatives pourrait intervenir dans les secteurs bordés de jaune mais il a indiqué, en insistant sur ce point, que nous ne devons pas oublier que le chiffre global de 5 500 \$ l'acre qu'il a attribué aux 220 acres situés au-dessus de la cote 125, est une moyenne; il estime que si nous commençons à réduire cette valeur moyenne de 5 500 \$ l'acre, nous aboutirons à une valeur très inférieure à la valeur réelle des terres. Il ne pense pas avoir à se prononcer sur des réductions en pourcentage ou en dollars, il pense que nous serions bien avisés de nous en tenir à 5 500 \$ l'acre comme valeur, capitalisée à 6 %, afin de fixer la valeur locative de part et d'autre de la ligne.

J'ai pensé porter à votre connaissance cette information car je sais fort bien que l'aspect financier de cette affaire constituera sans doute pour vous le facteur déterminant. J'espère que ces renseignements vous aideront, vous et votre comité, à considérer toute offre que le club de golf Shaughnessy pourrait faire au Ministère au nom des Indiens Musqueam auxquels, évidemment, l'offre devra être présentée et dont la décision sera déterminante.

Le 4 avril 1957, Harrison, devenu alors président du club de golf Shaughnessy, écrivit à Anfield pour lui faire part des conditions qu'il était prêt à soumettre aux membres du club pour la location des terres de la réserve:

[TRADUCTION] 1. La superficie à louer devra comprendre environ 160 acres de la réserve indienne et être située comme indiqué lors de notre discussion d'hier.

2. Nous aurons le droit d'aménager sur le terrain loué un terrain de golf, un club et les autres bâtiments et installations que nous considérerons appropriés pour nos membres.

3. We will require a right-of-way over the part of the Reserve lying between Marine Drive and the leased area to give such convenient access as we need.

4. The initial term of the lease will be for the period of fifteen years commencing May 1st, 1957, and the club will have options to extend the term for four successive periods of fifteen years each, giving a maximum term of seventy-five years.

5. The rental for the first "fifteen years" of the term of the lease will be \$25,000.00 per annum to be paid in advance on the anniversary date each year of the execution of the lease, the first payment of \$25,000.00 to be made as soon as the lease has been prepared, executed and delivered.

6. The rental for each successive fifteen year period of the term will be determined by mutual agreement between your Department and the club and failing agreement, by arbitration pursuant to the "Arbitration Act" of the Province of British Columbia, but the rental for any of the fifteen year renewal periods shall in no event be increased or decreased over that payable for the preceding fifteen year period by an amount more or less [*sic*] than 15% of the initial rent as set out in 5 above.

7. The amount of rent to be paid for each successive fifteen year period shall be determined before we are required to exercise our option to extend for that period.

8. We will pay all taxes assessed against the leased area.

9. We will pay the reasonable cost of relocating on other parts of the Reserve, any Indian houses presently on the leased area.

10. At any time during the term of this lease, and for a period of up to six months after termination, we will have the right to remove any buildings and other structures constructed or placed by us upon the leased area, and any course improvements and facilities.

On April 7, 1957 there was a meeting of the Band Council at which Anfield for the first time informed members of the Band of the negotiations with the golf club. He did not circulate a copy of the club's proposal nor read it out in full. He referred to it in general terms stating that it was a proposal to lease land in the reserve for fifteen years with an option to renew for additional periods of fifteen years on terms to be agreed upon. Minutes of the meeting were written by Andrew Charles Jr., the Band secretary, and by Anfield. The Charles minutes contain the following statement with reference to the proposed lease to the golf club:

Mr. Anfield also submitted to the council a formal Application to Lease 160 acres on the Musqueam IR #2 from the Shaughnessy Heights Golf Club. The initial term of the Lease will be for the period of fifteen years commencing May 1st, 1957, and the Club will have options to extend the term for four successive periods of fifteen years each, giving a maximum term of seventy-five years.

3. Nous aurons besoin d'un droit de passage sur une partie de la réserve entre la rue Marine et la superficie louée afin d'avoir l'accès dont nous avons besoin.

4. La durée initiale du bail sera de quinze ans à compter du 1^{er} mai 1957, mais le club pourra opter pour quatre reconductions de quinze ans chacune, soit une durée globale de soixante-quinze ans.

5. Le loyer pour les premiers «quinze ans» s'élèvera à 25 000 \$ l'an, payable d'avance chaque année à la date anniversaire de la signature du bail, le premier paiement de 25 000 \$ devant être fait dès le bail rédigé, signé et remis.

6. Le loyer pour chaque reconduction de quinze ans sera fixé de gré à gré entre votre Ministère et le club ou, à défaut d'accord, par arbitrage conformément à la «Arbitration Act» de la province de Colombie-Britannique, mais ce loyer, pour toute reconduction de quinze ans, ne saurait en aucun cas être haussé ou abaissé par rapport aux précédents quinze ans, de 15 % environ du loyer initial stipulé au point 5 ci-dessus.

7. Le loyer de chaque reconduction successive de quinze ans devra être convenu avant que nous ayons à exercer notre option de reconduire ou non.

8. Nous paierons toutes les taxes grevant la superficie louée.

9. Nous paierons le coût raisonnable de relocalisation sur la réserve des maisons des Indiens sises actuellement sur la superficie louée.

10. À tout moment au cours du bail, et pour six mois après l'arrivée du terme définitif, nous conserverons le droit d'enlever tout bâtiment et autre structure construits ou érigés par nous sur la superficie louée et toute amélioration et autres installations.

Le 7 avril 1957, à une assemblée du conseil de bande, Anfield fit part, pour la première fois, aux membres de la bande indienne des pourparlers en cours avec le club de golf. Il ne fit pas circuler la proposition du club et n'en fit pas la lecture intégrale. Il la mentionna en termes généraux, disant qu'il s'agissait d'un projet de location de certains terrains de la réserve, pour 15 ans, avec possibilité de reconductions pour des périodes additionnelles de 15 ans, à des conditions qui restaient encore à convenir. Procès-verbal de l'assemblée fut dressé par Andrew Charles Jr., le secrétaire de la bande, et par Anfield. Le procès-verbal de Charles comporte la déclaration suivante au sujet du projet de bail du club de golf:

[TRADUCTION] M. Anfield a aussi présenté au conseil une offre ferme de location de 160 acres de la réserve indienne Musqueam n° 2 faite par le club de golf Shaughnessy Heights. La durée initiale du bail serait de 15 ans à compter du 1^{er} mai 1957, le club pouvant le reconduire quatre fois, pour 15 ans à chaque fois, soit pour une durée maximale de soixante-quinze ans.

The Anfield minutes contain the following reference to the proposed lease:

2. The Superintendent then placed before Council the application of Shaughnessy Golf Club of Vancouver for a long term lease of approximately 160 acres of land as outlined generally on the McGuigan survey plan at a rental for the first lease period of 15 years of \$25,000.00 per year, with options for four additional 15 year periods on terms to be agreed upon.

The findings of the learned Trial Judge as to the extent to which the details of the proposed lease were disclosed to the members at this meeting are as follows [at page 398]:

The evidence on behalf of the plaintiffs is that not all of the terms of the Shaughnessy proposal were put before the Band Council at that meeting. William Guerin said copies of the proposal were not given to them. He did not recall any mention of \$25,000 per year for rental. He described it as a vague general presentation with reference to 15-year periods. Chief Edward Sparrow said he did not recall the golf club proposal being read out in full.

I accept the evidence of William Guerin and Chief Sparrow on this point. The minutes by Charles Jr. and Anfield suggest, to me, only a general indication was given of the proposal by the golf club to lease approximately 160 acres for an initial term of 15 years, with options for additional 15-year periods. I note the Charles Jr. minutes record the exact words of term 4 of the golf club proposal. If the other terms, including rent, had been read out, I am sure Charles Jr. would have recorded them. I note the Anfield minutes on this point conclude with the words "... on terms to be agreed upon".

The Charles and Anfield minutes record that the following resolution was passed by the Band Council:

That we do approve the leasing of unrequired lands on our Musqueam I.R. 2 and that in connection with the application of the Shaughnessy Golf Club we do approve the submission to our Musqueam Band of surrender documents for leasing 160 acres approximately as generally outlined on the McGuigan survey in red pencil: and further that we approve the entry by the said applicant for survey purposes only pertinent to said surrender: said surveys to be at the applicants [*sic*] cost and risk entirely.

On April 24, 1957 Bethune wrote to Arneil concerning the proposed lease to the golf club. He acknowledged receipt of a letter of August [*sic*] 11, 1957 with enclosures. The letter from Arneil could not be found, but it is clear from Bethune's letter that he had received a copy of the golf club's proposal. Bethune's letter, which expressed concern about the adequacy of the proposed rent of

Le procès-verbal d'Anfield contient la mention suivante sur le projet de bail:

2. Le surintendant déposa alors devant le conseil l'offre du club de golf Shaughnessy de Vancouver pour la location à long terme d'environ 160 acres de terrain délimitées à peu près comme dans le plan McGuigan, pour un loyer, pour les premiers 15 ans, de 25 000 \$ l'an, avec quatre reconductions optionnelles additionnelles de 15 autres années chacune, aux conditions qui seront convenues.

Voici quelles ont été les constatations du juge de première instance sur les détails fournis en cette occasion à l'assemblée du conseil de bande, au sujet du projet de bail [à la page 398]:

La preuve qu'ont administrée les demandeurs tend à démontrer que toutes les conditions de l'offre Shaughnessy n'ont pas été fournies au conseil de bande au cours de cette assemblée. William Guerin a déclaré qu'aucune copie de l'offre ne leur avait été donnée. Il ne se souvient pas qu'on ait mentionné un loyer de \$25,000 l'an. Il décrit l'assemblée comme une présentation fort vague où on se référait à des durées de 15 ans. Le chef Edward Sparrow a dit ne pas se rappeler que l'offre du club de golf ait été lue en entier.

J'accepte comme avéré le témoignage de William Guerin et du chef Sparrow à cet égard. Les procès-verbaux de Charles Jr. et d'Anfield me portent à croire qu'on n'a donné que des renseignements généraux sur l'offre du club de golf de louer environ 160 acres, pour une durée initiale de 15 ans, avec des reconductions optionnelles additionnelles de 15 ans. Je note que le procès-verbal de Charles Jr. rapporte les termes exacts du quatrième paragraphe de l'offre du club de golf. Si les autres stipulations, dont celles relatives aux loyers, avaient été lues, je suis sûr que Charles Jr. en aurait pris note. Je remarque que le procès-verbal Anfield à ce sujet conclut comme suit: «... aux conditions qui seront convenues».

Les procès-verbaux de Charles et d'Anfield rapportent que le conseil de bande a adopté la résolution suivante:

[TRADUCTION] Que nous approuvons la location des terrains non requis de notre réserve indienne Musqueam n° 2 et, au sujet de la demande du club de golf Shaughnessy, que nous approuvons la soumission à notre bande indienne Musqueam d'actes de cession pour la location de 160 acres environ tels que délimités, grosso modo, par l'arpentage McGuigan au crayon rouge et que, en outre, nous autorisons la présence de ladite requérante, pour fins d'arpentage uniquement, en vue de ladite cession, lesdits arpentages devant être aux frais et risques de la requérante entièrement.

Le 24 avril 1957, Bethune écrivit à Arneil au sujet du projet de bail du club de golf. Il accusait réception d'une lettre du 11 août [*sic*] 1957, et des pièces jointes. On n'a pu retrouver cette lettre d'Arneil, mais il est clair, d'après celle de Bethune, qu'il avait reçu copie de l'offre du club de golf. Voici la lettre de Bethune qui s'interroge sur la justesse du loyer de 25 000 \$ l'an proposé pour les

\$25,000 per annum for the initial period of fifteen years, reads as follows:

Re: The Shaughnessy Heights Golf Club
application to lease—Musqueam I.R. #2

I wish to acknowledge receipt of your letter and enclosures of the 11th of April, 1957, relative to an application received from the above to lease approximately 160 acres of reserve land at a consideration of \$25,000.00 per annum for the first fifteen years. The matter of survey has been discussed with the Surveyor General's office and instructions are going forward to the Surveyor Mr. D. J. McGuigan.

The proposition put forward by the Golf Club has its relative merits but after reviewing the appraisal from the rental standpoint, we have some doubt as to whether the amount offered for the first term is adequate. The club, as you will note from their application, intend using 160 acres of the best residential land which consists of only 220 acres in all. The lease proposes to tie up this area for a period of 75 years.

The appraisal, as you will note, indicates that the area to be leased has a net value of \$5,500.00 per acre and considering that we should receive 5 to 6 per cent investment return on the land the rental value per acre should be somewhere between \$250.00 to \$300.00 per annum. The offer made by the club amount [*sic*] to \$156.00 per acre per year which is considerably lower than what we should expect.

It may be that the proposal offers long range benefits that we are not aware of and perhaps it might be advisable for you to discuss the proposition with the appraiser and obtain his opinion on what he feels we should expect to obtain on leasing this area for a term as contemplated by the Golf Club. In due course, we would appreciate your comments and recommendations as to what you consider would be a suitable annual rental for such a lease.

On May 16, 1957 Anfield wrote to the appraiser Howell. His letter referred to a conversation he had had with Howell on May 16, 1957 and enclosed copies of Bethune's letter to Arneil of April 24, 1957. Anfield's letter to Howell contained the following passages:

Having in mind the appraisal made by our service under date of December 28, 1956, and having in mind the specific questions raised in the Department's letter to Mr. Arneil, and our discussion referred to herein, it will be very much appreciated if you would review this matter in detail in the light of the appraisal and endeavour to submit to us in quadruplicate a report at your earliest convenience as to whether or not in your opinion the rental of \$25,000.00 per year for the first fifteen year period of a seventy-five year lease is in fact just and equitable. We should keep in mind that the original discussion of the area required was in terms of 150 acres, which area has now been extended to 160. It is possible that we should in any case ask the Shaughnessy Golf Club people for a pro-rated increase in that to satisfy the Department that the offer made of \$156.00 per acre is not unreasonable having in mind the appraised value running between \$250.00 and \$300.00 per acre

quinze premières années:

[TRADUCTION]

Objet: Offre de location du club
de golf Shaughnessy Heights—Réserve
indienne Musqueam n° 2

J'ai bien reçu votre lettre du 11 avril 1957 et les pièces qui y sont jointes, concernant une demande de location par les susmentionnés d'environ 160 acres de terrain de la réserve en contrepartie de 25 000 \$ l'an, pour les quinze premières années. La question de l'arpentage fait l'objet de discussions avec le bureau de l'Arpenteur général; éventuellement, des instructions seront données à l'arpenteur, M. D. J. McGuigan.

Le projet du club de golf a ses mérites, mais après examen de l'évaluation du point de vue du loyer, nous entretenons quelques doutes au sujet du montant offert pour la première période. Le club, comme l'indique sa proposition, entend utiliser 160 acres des meilleurs terrains résidentiels qui couvrent en tout 220 acres seulement. Le bail bloquerait le secteur pendant 75 ans.

L'évaluation, vous le remarquerez, donne aux superficies destinées à être louées une valeur nette de 5 500 \$ l'acre; or, comme nous devons obtenir pour le terrain un rendement de 5 à 6 %, la valeur locative de l'acre devrait être de 250 \$ à 300 \$ l'an. L'offre du club est de 156 \$ l'acre par an, ce qui est considérablement inférieur à ce à quoi nous pourrions nous attendre.

Il se peut que l'offre comporte des avantages à long terme que nous ignorons; peut-être avez-vous intérêt à en discuter avec l'évaluateur afin de connaître son avis sur le loyer que nous pouvons demander pour la location de cette superficie, pour la durée qu'envisage le club de golf. Nous aimerions connaître vos commentaires et recommandations sur ce qui vous paraît un loyer annuel acceptable dans le cas d'un bail de ce genre.

Le 16 mai 1957, Anfield écrit à l'évaluateur Howell. Sa lettre mentionne une conversation qu'il aurait eue avec Howell le 16 mai 1957 et elle est accompagnée de copies de la lettre de Bethune à Arneil du 24 avril 1957. La lettre d'Anfield comporte les passages suivants:

[TRADUCTION] Compte tenu de l'évaluation de notre service en date du 28 décembre 1956, des questions précises soulevées dans la lettre du Ministère à M. Arneil et de notre discussion qui y est mentionnée, je vous saurais gré d'examiner cette affaire en détail, à la lumière de l'évaluation, et de soumettre, en quatre exemplaires, dès que vous le pourrez, votre avis sur la justesse d'un loyer de 25 000 \$ pour les quinze premières années, dans un bail de soixante-quinze ans. N'oublions pas que les premiers pourparlers ne visaient que 150 acres, lesquels sont maintenant devenus 160. De toute façon nous devrions peut-être exiger du club de golf Shaughnessy une hausse au prorata afin de convaincre le Ministère que l'offre de 156 \$ l'acre n'est pas déraisonnable malgré l'évaluation qui donne une valeur locative variant entre 250 \$ et 300 \$ l'acre par année, selon votre évaluation de 5 500 \$ l'acre.

rental per annum based on your appraised value of \$5500.00 per acre.

I do not need, of course, to point out to a man of your experience that in a long term lease of seventy five years, is it conceivable that we should not expect a return of more than five percent on the land, and would be glad of your comments on this particular point.

The learned Trial Judge found that Howell was not informed of all the details of the golf club's proposal. He said [at page 399]:

Howell was not given all the details of the Shaughnessy proposal. He did not know of term 6 where rent increases or decreases for the 15-year renewal periods were limited to 15% of the initial rent of \$25,000, or \$3,750. Nor was he made aware the golf club proposed to have the right, at any time during the term of the lease, or up to 6 months after termination, to remove any buildings or improvements.

The Band was not informed that Anfield had written to Howell asking him to review his appraisal and express an opinion as to whether the proposed rent was adequate.

On May 23, 1957, Howell wrote a letter to Anfield in which he expressed the opinion that a return of 3% on the value which he had placed on the upper land would in all the circumstances be a fair and equitable one, and he recommended the acceptance of the proposed lease to the golf club. Because of the influence which this opinion appears to have had on the decision to lease the land to the club it should be quoted in full. It reads as follows:

On first reading your letter it occurred to me that perhaps I had put too high a valuation on the high land of the reserve. A study of values obtaining throughout the City of Vancouver reassured me on this point, but nevertheless, the true test would be to offer the area on the market for development and see what offers result.

However, accepting the appraised value as being correct, it remains to consider whether the present offer, which gives a 3% return on the appraised value can be considered fair and equitable.

The ethics of whether the present band should sell their land, which is their children's birthright, rather than lease it is not within the field of this appraisal.

A long term lease, in this case, of seventy-five years, adjustable in fifteen years, if made with a financially sound concern, eliminates the risk factor, and a return of anything higher than the present safe rate (Government Bonds, etc.) of around 3.75% would not be fair and equitable, nor, for that matter, probable.

Il est évidemment inutile de rappeler à un homme de votre expérience que dans le cas d'un bail à long terme de soixante-quinze ans, nous ne pouvons nous attendre à un rendement du terrain supérieur à cinq pour cent. Nous vous serions obligés de nous faire connaître vos observations sur ce point.

Le juge de première instance a estimé qu'Howell n'avait pas été informé de tous les détails de l'offre du club de golf; il dit [à la page 399]:

On n'a pas fourni à Howell tous les détails de l'offre Shaughnessy. Il ne connaissait pas le paragraphe 6 qui limitait les hausses et les baisses de loyer pour les reconductions de 15 ans à 15 % du loyer initial de \$25,000, soit à \$3,750. On ne lui dit pas non plus que le club de golf voulait obtenir le droit, à tout moment au cours du bail, et même jusqu'à 6 mois après l'arrivée du terme, d'enlever tout bâtiment ou toute amélioration se trouvant sur le terrain.

La bande indienne ne fut pas informée qu'Anfield avait écrit à Howell pour lui demander de réexaminer son évaluation et de donner son avis sur le bien-fondé du loyer demandé.

Le 23 mai 1957, Howell écrivit à Anfield pour lui dire qu'à son avis un rendement de 3 % sur la valeur qu'il avait attribuée aux hautes terres serait juste et équitable dans les circonstances et lui recommander d'accepter le projet de bail du club de golf. Vu le rôle que cet avis paraît avoir joué lorsqu'il a été décidé de louer le terrain au club, je le cite en entier:

[TRADUCTION] À la lecture de votre lettre, je me suis tout d'abord demandé si je n'avais pas attribué une valeur trop élevée aux hautes terres de la réserve mais l'étude des valeurs données dans la ville de Vancouver m'a rassuré à ce sujet. Toutefois le seul moyen de le vérifier serait de mettre le terrain en vente, aux fins d'une mise en valeur, et de voir quelles offres en résulteraient.

Toutefois, si la valeur estimative est juste, il reste à se demander si l'offre actuelle, qui correspond à un rendement de 3 % de la valeur évaluée, peut être considérée comme équitable.

La question de savoir si la bande devrait aliéner cette terre, héritage de leur postérité, plutôt que de la louer, est une question d'éthique qui sort du cadre de cette évaluation.

Un bail de soixante-quinze ans révisé tous les quinze ans et conclu avec une entreprise financièrement saine, élimine le facteur risque; de plus, un rendement supérieur au taux de rendement actuellement assuré (obligation du gouvernement, etc.) d'environ 3,75 %, ne conviendrait pas, ni ne serait vraiment envisageable.

In this case we have a piece of raw land, which up to the present has produced practically nothing. The limited areas at present under lease are only bringing \$35.00 and \$40.00 per acre. The present offer of \$156.00 per acre for 160 acres of this land appears to be a big improvement. Taking the safe rate of money to be 3.75%, what has the present offer of 3% to give to compensate for the loss of .75%.

The improvements to the property which will be made by the lessee must be considered. This has been discussed with the secretary of the Club, and while reluctant to make any commitment, he felt that in the course of the lease, they will spend close to \$1,000,000.00 in buildings and improvements. Clearing alone will be around \$100,000.00, and the club house may cost over \$200,000.00. These improvements will revert to the land at the end of the lease.

In addition to that, the property is ideally suited for the project, and while this may not be the highest and best use of the land, it is one which is in keeping with the whole area, some part of which must be dedicated for recreational purposes. The establishment then of the golf course will enhance the value of all the surrounding property, particularly the remaining high land on the reserve. Sewers and water mains to supply the club house will pass and be available to this land.

Another point, which must be considered, is that there is a limit to the amount the Club can afford to pay, and while their present offer may not be up to that limit, there are other areas available, and they may prefer to negotiate for some other property rather than pay a higher price. However, if their offer is accepted, the Department will be in a much sounder position to negotiate an increase in rental in fifteen years' time, when the Club will have invested a considerable amount of capital in the property, which they will have to protect.

Taking these things into consideration, I consider the offer to be a sound one. The prospects of finding a purchaser for 220 acres at \$5,500 per acre might involve a considerable length of time, during which your income is nil. By accepting this lease, you have an assured income of \$25,000 per annum from 160 acres, and you will find it much easier and quicker to dispose of the remaining 60 acres once the Club commences development.

I am, therefore, of the opinion that it would be the wisest course to accept the present offer, committing the club to the development of the property, and then offer the balance of the high land for sale.

As indicated by the foregoing, Howell based his revised opinion as to what would be a fair return for the initial rental period, reducing it from 6% to 3%, on two assumptions concerning the proposed lease which turned out to be wrong: (a) that the improvements would revert to the Band at the end of the lease; and (b) that after the initial term the Department would be in a strong position to negotiate an increase in rental. He obviously was not aware of the condition in the golf club's proposal of April 4, 1957 that the club would have the right to remove the improvements and of the condition concerning rental increase, which included

Il s'agit ici d'un terrain en friche qui jusqu'à présent n'a pratiquement rien produit. Les quelques superficies actuellement louées ne rapportent que 35 \$ et 40 \$ l'acre. L'offre en cause, de 156 \$ l'acre, pour 160 acres de ce terrain, serait une grande amélioration. A supposer que le taux de rendement assuré soit de 3,75 %, comment l'offre actuelle de 3 % peut-elle compenser cette perte de 0,75 %?

Il faut tenir compte des améliorations que le locataire apportera à la propriété. Nous en avons parlé avec le secrétaire du club qui, tout en ne voulant pas s'engager, a estimé qu'au cours du bail, près de 1 000 000 \$ seraient dépensés en bâtiments et en améliorations. Le défrichage à lui seul coûterait environ 100 000 \$ et le pavillon du club, plus de 200 000 \$. Ces améliorations reviendront avec le bien-fonds à la fin du bail.

En outre, la propriété convient parfaitement au projet; il se peut que ce ne soit pas le meilleur usage que l'on puisse en faire, c'est un usage qui s'intègre dans le secteur, dont une partie doit être consacrée à des fins récréatives. L'établissement d'un terrain de golf augmentera la valeur de l'ensemble des propriétés avoisinantes, et en particulier celle des hautes terres restantes de la réserve. Les canalisations d'eau et les égouts qui desserviront le pavillon du club pourront aussi les desservir.

Autre point à considérer, il y a une limite à ce que le club peut payer. Certes, il se peut que l'offre actuelle ne l'atteigne pas, mais il y a d'autres terrains disponibles que le club pourrait décider de louer plutôt que de payer un prix supérieur. Toutefois, si leur offre est acceptée, le Ministère sera dans une position beaucoup plus favorable pour négocier une hausse de loyer dans quinze ans, lorsque le club aura investi un capital considérable, dont il devra assurer la protection, dans la propriété.

Tenant compte de cela, je considère l'offre comme saine. Trouver un acheteur pour 220 acres, à 5 500 \$ l'acre, peut prendre un temps considérable, pendant lequel votre revenu est nul. L'acceptation du bail vous assure un revenu de 25 000 \$ l'an pour 160 acres, et il vous sera beaucoup plus facile de disposer des 60 acres restants lorsque le club aura commencé les aménagements.

Je suis donc d'avis que la voie la plus sage serait d'accepter l'offre actuelle qui oblige le club à aménager la propriété, puis de mettre en vente le reste des hautes terres.

Comme l'indique ce qui précède, Howell a fondé son avis révisé sur ce qui devait être un rendement convenable pour la période locative initiale, le réduisant de 6 à 3 % sur la base de deux conditions du projet de bail qui se sont révélées fausses: a) que les améliorations reviendraient à la bande indienne au terme du bail et b) qu'à la fin du premier terme, le Ministère serait mieux placé pour négocier une hausse du loyer. Manifestement, il ignorait la clause de l'offre du club de golf du 4 avril 1957 stipulant que le club aurait le droit d'enlever les améliorations, ainsi que les modalités relatives aux hausses du loyer, notamment la

provision for arbitration and a limitation on increase of 15%. Nor, of course, was he aware of the condition that ultimately found its way into the lease that the land would be valued for purposes of rental increase as unimproved, cleared land which could be used only for a golf course. This was confirmed by Howell's testimony at the trial. He agreed that the 15% limitation on rental increase was a "shocking" provision. He adhered to his original opinion that the highest and best use of the land was for residential purposes, and that this should be the basis of valuation for calculation of rental after the initial term.

The Trial Judge's findings with respect to Howell's testimony are as follows [at page 400]:

Howell gave evidence at trial. He said he approved, in 1957, the 3% return rate, for the reasons given in his letter: the then bond rate was 3.75%; the golf club was not a financial risk; the improvements would revert to the Band. In cross-examination he said if he had known the improvements would not revert to the Band, he would have recommended a rate of return of 4 to 6%. He had assumed, in giving his opinion to the local Indian Affairs officials, renegotiation of the rent would be based on the improved condition of the land and on the highest and best use principle. He expressed shock at the ultimate limiting 15% clause, which found its way into the lease which was signed.

Howell was, in my view, an honest witness. I accept his evidence as set out in the previous paragraph. I am satisfied he would not have expressed the opinion he gave in Exhibit 33 if he had had all the facts before him.

On June 4, 1957 Arneil wrote to the Indian Affairs Branch in Ottawa recommending acceptance of the golf club's proposal. He based his recommendation on Howell's second opinion, as indicated by his letter, which reads as follows:

I have had an opportunity to discuss the above noted proposed leasing arrangements with Mr. Anfield, following which the matter was taken up with Mr. Howell, V.L.A. Appraiser.

Mr. Howell's report, dated May 23, 1957, indicates acceptance of the present offer, namely, \$25,000.00 annual rental, and I would recommend that surrender documents for leasing purposes be prepared for submission to the Band.

On the basis of Arneil's recommendation and Howell's revised opinion the Director of Indian Affairs in Ottawa recommended to the Deputy Minister that the golf club's proposal be accepted.

clause compromissaire et le plafonnement des hausses à 15 %. Il ignorait aussi, bien entendu, la condition finalement stipulée dans le bail voulant que, aux fins des hausses du loyer, le terrain soit considéré comme non amélioré, c'est-à-dire comme une terre défrichée ne pouvant servir qu'à un terrain de golf. C'est ce qu'a confirmé le témoignage d'Howell à l'instruction. Il a reconnu que le plafonnement des hausses de loyer à 15 % était une stipulation «choquante». Il s'en est tenu à son opinion première, que le meilleur usage du terrain était d'ordre résidentiel et qu'il fallait en tenir compte dans le calcul du loyer après le premier terme.

Voici ce que constate le juge de première instance au sujet du témoignage d'Howell [à la page 400]:

Howell a témoigné au procès. Il a déclaré avoir approuvé en 1957 le taux de rendement de 3 % pour les motifs donnés dans sa lettre: le taux des obligations d'alors était de 3.75 %; le club de golf ne constituait pas un risque financier; les améliorations reviendraient à la bande. En contre-interrogatoire, il a admis que s'il avait su que les améliorations ne reviendraient pas à la bande, il aurait recommandé un taux de rendement de 4 à 6 %. Il avait présumé, en donnant son opinion aux fonctionnaires locaux des affaires indiennes, que la renégociation du loyer serait fondée sur la condition améliorée du terrain et sur le principe du meilleur et du plus rentable usage possible. Il s'est dit choqué de la clause limitative de 15 % que l'on retrouvait dans le bail signé.

Howell s'est révélé, à mon avis, un témoin honnête. Je considère comme avéré son témoignage tel que rapporté au paragraphe précédent. Je suis convaincu qu'il n'aurait pas exprimé l'avis donné en pièce 33 s'il avait connu tous les faits.

Le 4 juin 1957, Arneil écrit à la Direction des affaires indiennes à Ottawa pour recommander l'acceptation de l'offre du club de golf. Il se fonde sur le deuxième avis d'Howell, comme le montre sa lettre, que voici:

[TRADUCTION] J'ai eu l'occasion de discuter de l'arrangement locatif proposé ci-dessus avec M. Anfield; par la suite, l'affaire a été soumise à M. Howell, évaluateur de l'Administration des terres destinées aux anciens combattants.

Le rapport de M. Howell, en date du 23 mai 1957, propose l'acceptation de la présente offre, soit un loyer annuel de 25 000 \$; je recommande donc que soient rédigés des actes de cession, à des fins locatives, pour soumission à la bande indienne.

Selon la recommandation d'Arneil et l'avis révisé d'Howell, le directeur des affaires indiennes à Ottawa proposa au sous-ministre d'accepter l'offre du club de golf. Le 13 juin 1957, le sous-ministre donna son agrément.

On June 13, 1957 the Deputy Minister gave his approval.

On July 3, 1957 Bethune sent the surrender documents to Arneil. He stated that the terms of the proposed lease were acceptable with the exception of the 15% limitation on increase of rental after the initial 15-year period. On this point he said:

While this may be to our advantage in the event of depressed conditions at the termination of the term, it could also work to the adverse if land values increase at the rate they are presently doing so in the Vancouver area.

If at all possible we would like to have this limitation removed leaving the rental to be established at terms to be agreed upon or failing such agreement by arbitration.

On July 16, 1957 Anfield wrote to Chief Sparrow in response to a request by the Chief for certain figures concerning the valuation of the reserve. Anfield stated that the total appraised value of the land was \$1,360,000. He then made the following statements with respect to the proposed lease:

The golf club people are applying for 162 acres on the highland. This at \$5500.00 an acre shows a valuation of \$891,000.00 and the offer of \$25,000.00 per year rental for the first ten year period in which the golf club will have to spend almost a million dollars of capital funds works out at an investment of 3%, which is considered by the appraiser to be a very high return for such land use.

For your information the investment value of land on which large structures are placed goes between 5 and 6% and it is our appraiser's frank opinion that an investment of 3% for golf club purposes having in mind that the land in its improved state will eventually revert to the Band is considered a very satisfactory return.

The Trial Judge made the following observations on these statements [at page 401]:

The reference to the 10-year period was incorrect. At a Band Council meeting on July 26, Chief Sparrow pointed out the Shaughnessy proposal was for 15-year terms. Anfield wrote a letter correcting the error.

Anfield's advice as to Howell's opinion on rate of return is, in my view, an overstatement. The Band was never given a copy of Howell's letter of May 23, 1957. Nor was the Band told, at that time, the golf club proposed to have the right to remove any improvements made to the lands.

On July 25, 1957 there was a Band Council meeting to discuss the proposed surrender and lease to the golf club. The minutes of the meeting, written by Anfield, contain the following statement:

Le 3 juillet 1957, Bethune envoya les actes de cession à Arneil. Il déclarait que les conditions du projet de bail étaient acceptables, sauf le plafonnement à 15 % des hausses de loyer après les quinze premières années. À ce sujet, il disait:

[TRADUCTION] Cette clause pourrait être à notre avantage advenant des conditions défavorables au terme de la période, mais elle peut également jouer contre nous si les valeurs foncières poursuivent leur hausse au rythme actuel dans la région de Vancouver.

Si possible, nous aimerions que le plafonnement soit supprimé, pour que le loyer soit fixé de gré à gré ou, à défaut, par arbitrage.

Le 16 juillet 1957, Anfield écrivit au chef Sparrow qui lui avait demandé certains chiffres concernant l'évaluation de la réserve. Anfield disait que la valeur totale du bien-fonds était estimée à 1 360 000 \$ et qu'en ce qui concernait le projet de bail:

[TRADUCTION] Les gens du club de golf veulent 162 acres de hautes terres. Cela, à 5 500 \$ l'acre, donne une valeur de 891 000 \$; or, l'offre de 25 000 \$ l'an comme loyer pour les premiers dix ans, au cours desquels le club devra dépenser presque un million de dollars en capital, donne un rendement pour l'investissement de 3 %, ce que l'évaluateur considère comme fort élevé pour un tel usage de l'immeuble.

À titre de renseignement, la valeur d'investissement d'un bien-fonds sur lequel on érige de vastes structures varie entre 5 et 6 %. Notre évaluateur est formel; un investissement de 3 % pour un club de golf, si on se souvient que le terrain alors amélioré reviendra finalement à la bande, constitue un rendement fort satisfaisant.

Le juge de première instance commente de la façon suivante ces déclarations [à la page 401]:

La mention d'une durée de 10 ans était incorrecte. Lors d'une assemblée du conseil de bande, le 26 juillet, le chef Sparrow fit remarquer que l'offre Shaughnessy était pour une durée de 15 ans. Anfield écrivit une lettre où l'erreur était corrigée.

A mon avis, Anfield a exagéré en rapportant l'opinion d'Howell sur le taux de rendement. La bande n'obtint jamais copie de la lettre d'Howell du 23 mai 1957, pas plus qu'elle n'apprit, à l'époque, que le club exigeait d'avoir le droit d'enlever les améliorations.

Le 25 juillet 1957, fut tenue une assemblée du conseil de bande pour discuter du projet de cession et de location au club de golf. Le procès-verbal de l'assemblée, rédigé par Anfield, comporte la déclaration suivante:

The Council got back to a discussion of terms for the proposed lease to Shaughnessy Golf Club. Both Councillors present were of the opinion that review period should be at ten year intervals including the initial period rather than fifteen year periods. They will convey this information to the Directors when they meet with the Council.

Anfield confirmed by letter to Chief Sparrow on July 29, 1957 that the members of the Council considered that the rental periods should be ten rather than fifteen years.

At this meeting there was also discussion of the policy to be adopted with respect to those who claimed to have made improvements in the part of the reserve to be leased, but who did not hold certificates of possession for the land occupied by them.

On September 9, 1957 the Band Council resolved that the proposed amount of rent for the initial term of the lease should be reviewed and renegotiated with the golf club.

On September 13, 1957 Anfield wrote to Harrison, president of the golf club, stating that the Band considered the proposed rent to be too low and wished to "sit around the table and discuss the terms and rental with you". The letter concluded as follows:

It is realized this letter may come as a bit of a shock to you and your Directors, but the issue may as well be faced now as later. Council now definitely consider this present rental offer as low and wish to enter into discussion regarding same.

On September 27, 1957 there was a Band Council meeting attended by representatives of the golf club. Chief Sparrow, Gertrude Guerin and William Guerin were the members of the Council present. Anfield and William Grant, officer in charge of the Vancouver agency, attended for the Department. The golf club was represented by Harrison, Jackson and the secretary, Heina. Andrew Charles Jr. took notes of the meeting. The findings of the Trial Judge as to what took place at that meeting are as follows [at pages 403-404]:

In the presence of the golf club representatives, Chief Sparrow stipulated for 5% income on the value of the 162 acres. That amounted to approximately \$44,000 per annum. The figure of \$44,000 or \$44,550 had actually been calculated by Councillor William Guerin. The golf club people balked at that figure. Some portions of Mr. Howell's letter of May 23, 1957 were read out. Grant's recollection was that paragraphs 4, 5 and 6 were the only portions read.

[TRADUCTION] Le conseil a repris la discussion des conditions du projet de bail à contracter avec le club de golf Shaughnessy. Les deux conseillers étaient d'avis que les reconductions devaient être de dix ans, y compris la première, plutôt que de quinze ans. Ils en informeront les administrateurs lorsqu'ils rencontreront le conseil.

Le 29 juillet 1957, Anfield confirma par lettre au chef Sparrow que les membres du conseil estimaient que les reconductions devraient être de dix et non de quinze ans.

On discuta aussi à cette assemblée de la politique à suivre vis-à-vis de ceux qui prétendaient avoir apporté des améliorations à la partie de la réserve qui serait louée alors qu'ils ne détenaient aucun certificat de possession pour les terrains qu'ils occupaient.

Le 9 septembre 1957, le conseil décida, par résolution, que le montant des loyers offert pour la durée initiale du bail devait être réexaminé et renégocié avec le club de golf.

Par lettre du 13 septembre 1957, Anfield fit savoir à Harrison, le président du club de golf, que le conseil jugeait insuffisant le loyer offert et désirait négocier directement les conditions du bail et du loyer. La lettre concluait:

[TRADUCTION] Cette lettre peut vous surprendre, vous et vos administrateurs, mais il vaut mieux aborder de front la question. Le conseil est formel, le loyer offert est trop bas; il désire participer aux pourparlers à ce sujet.

Le 27 septembre 1957, fut tenu un conseil de bande auquel assistèrent des représentants du club de golf. Étaient présents en leur qualité de membres du conseil le chef Sparrow, Gertrude Guerin et William Guerin. Anfield et William Grant, responsable de l'agence de Vancouver, y assistaient au nom du Ministère. Le club de golf était représenté par Harrison, Jackson et le secrétaire, Heina. Andrew Charles Jr. a pris des notes. Voici les constatations du juge de première instance sur ce qui s'est passé à cette assemblée [aux pages 403 et 404]:

En présence des représentants du club de golf, le chef Sparrow a demandé un rendement de 5% de la valeur des 162 acres; cela équivalait à environ \$44,000 l'an. Le conseiller William Guerin avait effectivement calculé un montant de \$44,000 ou \$44,550. Les représentants du club de golf s'opposèrent à ce chiffre. On fit lecture de certains extraits de la lettre de M. Howell du 23 mai 1957. D'après les souvenirs de Grant, les paragraphes 4, 5 et 6 furent les seuls extraits lus.

At one stage at this meeting, the golf club representatives were asked to step outside. The Band Council and the Indian Affairs personnel then had a private discussion. Anfield expressed the view the demand of \$44,550 was unreasonable. After considerable discussion the Band Council agreed on a suggested figure of \$29,000; they would recommend that amount to the Band as a whole. The golf club representatives were then brought back into the meeting. The figure of \$29,000 was put to them. They said they would recommend it to their board of directors.

William Guerin testified the Councillors agreed to \$29,000 because it was their understanding the first lease period was 10 years; subsequent rental negotiations would be every 5 years; the Band Council felt it could negotiate for 5% of the subsequent values.

Grant's recollection of the meeting is substantially the same as the version I have recounted. There are some discrepancies on minor details. It was Grant's recollection the \$29,000 figure came from Anfield. He said Anfield advised the Council to go ahead with the lease and in 10 years demand a healthy increase from the golf club. It was Grant's further recollection that some limitation on maximum rent increases, put forward by the golf club, was discussed. He said the Band Council objected to this; Anfield said he would relay that view to the Department of Indian Affairs. Grant's testimony, which I accept, was that the Band Council reluctantly accepted the \$29,000 figure.

William Guerin testified that at the meeting of September 27, 1957 Anfield told him that if the Band was unreasonable in its demands the Department could lease the land without a surrender and for any sum it wished.

On October 6, 1957 there was a meeting of the Band to vote on the surrender of the land for the purpose of a lease to the golf club. It is convenient to refer to this meeting as the "surrender meeting". Anfield presided. Chief Edward Sparrow and councillors Gertrude Guerin and William Guerin were present. Grant was present and took notes. They were edited somewhat by Anfield and then typed. Charles Jr. also made notes of the meeting. The Trial Judge found [at page 404] that "The notes kept by Charles Jr. and Grant are substantially the same."

Before the meeting the Band did not receive any independent legal advice or independent expert advice with respect to land appraisal and development. Andrew Charles Jr. testified that "Mr. Anfield said we were not in a position or allowed to engage professional people outside the Department of Indian Affairs". He further testified that

A un moment donné au cours de l'assemblée, on demanda aux représentants du club de golf de sortir. Le conseil de bande et le personnel des affaires indiennes eurent alors une discussion privée. Anfield exprima l'avis que les \$44,550 demandés étaient déraisonnables. Après une longue discussion, le conseil de bande accepta le chiffre proposé de \$29,000; il recommanderait ce prix à l'ensemble de la bande. On invita les représentants du club de golf à réintégrer l'assemblée. On leur fit part de ce chiffre de \$29,000. Ils déclarèrent qu'ils le recommanderaient à leur conseil d'administration.

Dans son témoignage, William Guerin a déclaré que les conseillers acceptèrent ces \$29,000 parce qu'ils croyaient comprendre que la durée du premier bail serait de 10 ans et que le loyer serait renégocié tous les 5 ans; le conseil pensait pouvoir obtenir un loyer de 5% sur la valeur subséquente des terrains.

Les souvenirs de Grant de cette assemblée correspondent pour l'essentiel à la version que je viens de donner. Il y a quelques incompatibilités mineures. Il croit se souvenir que le chiffre de \$29,000 fut proposé par Anfield. Anfield aurait conseillé au conseil de conclure le bail et, dans 10 ans, d'exiger du club de golf une hausse substantielle. On aurait discuté aussi, d'après lui, d'un plafonnement quelconque des hausses de loyer, à la demande du club de golf. Le conseil de bande s'y serait opposé; Anfield aurait dit qu'il signalerait leur opinion à ce sujet au ministère des Affaires indiennes. Le témoignage de Grant, que je reconnais avéré, affirme donc que le conseil de bande a accepté à regret le chiffre de \$29,000.

William Guerin a affirmé dans son témoignage qu'à l'assemblée du 27 septembre 1957, Anfield lui avait dit que si la bande indienne se montrait déraisonnable dans ses demandes, le Ministère pourrait se passer de cession et louer quand même le terrain au loyer qu'il fixerait.

Le 6 octobre 1957, la bande indienne fut réunie pour voter sur la cession du terrain offert en location au club de golf. Pour faciliter les choses, nous appellerons cette réunion [TRADUCTION] «l'assemblée de cession». Anfield présidait. Le chef Edward Sparrow et les conseillers Gertrude Guerin et William Guerin étaient présents, ainsi que Grant qui prenait des notes. Anfield les a revues avant leur transcription. Charles Jr. a également pris des notes à cette assemblée. Le premier juge a constaté [à la page 404] que «Les notes de Charles Jr. et de Grant sont, pour l'essentiel, semblables.»

Avant l'assemblée, la bande indienne n'avait reçu aucun avis juridique indépendant ni aucun avis indépendant d'expert en matière d'évaluation et d'aménagement fonciers. Selon le témoignage d'Andrew Charles Jr.: [TRADUCTION] «M. Anfield a dit qu'il ne nous était pas possible, ni permis, d'engager des professionnels indépendants du

the Band did not receive any legal advice with respect to the surrender or the effect of the surrender before it was signed.

In preparation for the surrender meeting Anfield prepared some notes, which read in part as follows:

\$25,000.00 a year for the first 15 years period—with rents for the subsequent periods to be by agreement but subject to escalators of 15% up or down—the Department do not wish to put in—and the Council have asked that the periods be ten years instead of fifteen years.

... Remember that at the end of the lease: Every inch of the land will then be yours and the fixed assets thereon . . .

... This is the plan we lay before you and we believe it is a good deal—financially—

- (a) your land will always be yours,
- (b) the rental values and returns to you will increase steadily each rental period,
- (c) at the end of the lease—your children and grandchildren will bless you because you will have left them what will be about the most valuable piece of land in Vancouver.

At the surrender meeting the Band members objected to the proposed fifteen-year renewal periods. They wanted ten-year renewal periods. They also objected strongly to the proposed fifteen per cent limitation on rental increases. The Trial Judge made the following findings of fact as to the assumptions or understanding of the Band as a result of the discussion at the meeting [at pages 405-407]:

The following facts are in my opinion clear, and I make these findings:

- (a) Before the Band members voted, those present assumed or understood the golf club lease would be, aside from the first term, for 10-year periods, not 15 years.

- (b) Before the Band members voted, those present assumed or understood there would be no 15% limitation on rental increases.

There was no information given as to the method of negotiating future rental increases. The original golf club proposal (Ex. 22) merely provided for succeeding rentals to be agreed upon, or to be determined by arbitration.

I am satisfied that, at the time of the vote, the Indian Affairs personnel and the Band were against any 15% rental limitation; the Band voted on the basis there would be no such limitation.

- (c) The meeting was not told the golf club proposed it should have the right, at any time during the lease and for a period of up to six months after termination, to remove any build-

ministère des Affaires indiennes.» Il a ajouté que la bande indienne n'avait obtenu aucun avis juridique au sujet de la cession ou de ses effets avant sa signature.

Pour se préparer à l'assemblée de cession, Anfield avait rédigé des notes, dont voici quelques extraits:

[TRADUCTION] 25 000 \$ l'an, pour les 15 premières années—avec des loyers pour les reconductions à convenir de gré à gré sous réserve d'un plafond ou d'un plancher de 15%—le Ministère est opposé à cette clause—et le conseil a demandé des reconductions de dix ans au lieu de quinze.

... N'oubliez pas qu'au terme du bail chaque pouce de terrain vous appartiendra ainsi que tout ce qui y est attaché . . .

... Voilà le projet que nous vous soumettons; nous croyons que c'est une bonne affaire «financièrement»

- a) la terre vous appartiendra toujours,
- b) les valeurs locatives et le rendement augmenteront régulièrement en votre faveur à chaque reconduction,
- c) vos enfants et vos petits-enfants vous seront reconnaissants de leur avoir laissé ce qui sera devenu une des meilleures propriétés foncières de Vancouver.

À l'assemblée de cession, les membres de la bande s'opposèrent aux reconductions proposées de quinze ans. Ils voulaient des reconductions de dix ans. Ils s'opposèrent fortement au plafonnement à 15 % des hausses de loyer. Le juge du fond a constaté ce qui suit au sujet de ce que la bande a compris ou cru comprendre à l'issue des débats de l'assemblée [aux pages 405 à 407]:

A mon avis, les faits suivants sont clairs; je les considère donc comme avérés:

- a) Avant que les membres de la bande ne votent, ceux qui étaient présents ont présumé ou cru comprendre que le bail du club de golf serait, le premier terme excepté, d'une durée de 10 ans, non de 15.

- b) Avant que les membres de la bande ne votent, ceux qui étaient présents ont présumé ou cru comprendre qu'il n'y aurait aucun plafonnement à 15 % des hausses de loyer.

Aucun renseignement n'a été donné sur le mode de négociation des futures hausses de loyer. La proposition initiale du club de golf (pièce 22), prévoyait simplement que les loyers ultérieurs seraient fixés de gré à gré ou par arbitrage.

Je suis convaincu qu'au moment du vote le personnel des affaires indiennes et la bande s'opposaient à tout plafonnement du loyer à 15%; la bande a voté parce qu'elle croyait qu'il n'y aurait pas de plafond.

- c) Il n'a pas été divulgué à l'assemblée que le club de golf proposait d'avoir le droit, à tout moment au cours du bail et, après son terme, pendant six autres mois, d'enlever tout

ings or structures, and any course improvements and facilities.

Chief Sparrow, William Guerin and Charles Jr., all testified they understood from Anfield, either at the surrender meeting or a Council meeting, all improvements would, on the expiration of the lease, revert to the Band. Grant testified the surrender meeting was told that the Band could keep all improvements made on the golf course land.

There are two other terms of the lease ultimately entered into on January 22, 1958 (Ex. 78) which were the subject of considerable testimony.

One was the method of determining future rents. Failing mutual agreement, the matter was to be submitted to arbitration. The new rent was to be the fair rent as if the land were still in an uncleared and unimproved condition and used as a golf club. The other term gave the golf club the right at the end of each 15-year period to terminate the lease. Six months' prior notice was all that was required. There was no similar provision in favour of the Crown.

These two matters were, I find, not before the surrender meeting. They were not in the original golf club proposal (Ex. 22). They first appeared in the draft leases, after the surrender meeting. But the two terms were not subsequently brought before the Band Council, or the Band, for comment or approval.

Grant gave the following testimony concerning the Band's understanding as to what it was authorizing by its vote on the surrender:

Q. And at no time did the Band say to Mr. Anfield words to the effect "well, Mr. Anfield, this is what we're voting on but you can go away and do anything you want with the land?"

A. No, oh no, no.

Q. There's absolutely no question that the vote was for a specific lease to a specific tenant on specific terms?

A. Yes it was.

Q. It was clearly understood by the meeting that no lease would be signed unless the terms we've just gone through were in the final lease?

A. What—well, what I recall Mr. Anfield saying was that he would do his very best to get all of these things that the people wanted and even more if it was possible.

Q. But in any event, no lease was to be signed except on these terms that we've just gone through?

A. No, the Band didn't give him authority to change things around after.

Before the vote was taken the surrender document was read out to the Band. The manner of recording the vote was one that was peculiar to Anfield's mode of conducting a meeting. Band members would go up to the desk or table at which

bâtiment ou structure et toute amélioration et installation y érigés.

Le chef Sparrow, William Guerin et Charles Jr. ont tous déclaré dans leur témoignage qu'ils croyaient avoir compris d'après ce que leur avait dit Anfield, soit lors de l'assemblée de la cession, soit lors d'une assemblée du conseil, que toutes les améliorations, à l'arrivée du terme du bail, reviendraient à la bande. Grant a déclaré dans son témoignage qu'on avait affirmé à l'assemblée de la cession que la bande pouvait conserver toutes les améliorations apportées au terrain de golf.

On a aussi dans les témoignages mentionné deux autres conditions qui se retrouvent dans le bail finalement signé le 22 janvier 1958 (pièce 78).

La première concernait la fixation des loyers futurs. A défaut d'accord, la question devait être soumise à l'arbitrage. Le nouveau loyer serait le juste loyer du terrain comme s'il n'avait été ni défriché ni amélioré et servait comme club de golf. L'autre condition accordait au club de golf un droit de résiliation du bail au terme de chaque période de 15 ans sous la simple condition d'un préavis de six mois. Aucune clause semblable n'était stipulée en faveur de la Couronne.

Ces deux points n'ont pas été, je le constate comme avéré, commentés lors de l'assemblée de la cession. Ils n'apparaissent pas dans le projet initial du club de golf (pièce 22). On les trouve pour la première fois dans les projets de baux rédigés après l'assemblée de la cession. Mais ces deux conditions n'ont pas été, par la suite, soumises au conseil de bande, ni à la bande elle-même, afin d'obtenir ses commentaires ou son aval.

Grant a fait le témoignage suivant sur ce que la bande croyait autoriser par son vote sur la cession:

[TRADUCTION] Q. La bande n'a jamais dit à M. Anfield, «M. Anfield, voilà sur quoi nous votons, mais vous pouvez de toute façon faire ce que vous voulez du bien-fonds» ou l'équivalent?

R. Non, oh non.

Q. Il est absolument certain que le vote concernait un bail précis, avec un locataire précis, à des conditions précises?

R. Oui.

Q. L'assemblée avait bien compris qu'aucun bail ne serait signé sans les conditions que nous venons de passer en revue?

R. D'après mes souvenirs, M. Anfield a dit qu'il ferait de son mieux pour obtenir tout ce qu'on voulait, et même plus, si possible.

Q. Mais, de toute façon, aucun bail ne devait être signé si ce n'est aux conditions que nous venons de voir?

R. Non, la bande ne lui donnait pas le pouvoir de changer les choses, après.

Avant le vote, l'acte de cession a été lu à la bande. La façon d'enregistrer le vote était particulière à la manière d'Anfield de diriger une assemblée. Les membres de la bande venaient au bureau ou à la table où il présidait, touchaient le bout de

Anfield presided, hold the end of Anfield's pencil and whisper their vote to him, and Anfield would then record their vote.

The surrender, which was approved by a vote of 41 to 2, reads as follows:

KNOW ALL MEN BY THESE PRESENTS THAT WE,

the undersigned Chief and Councillors of Musqueam Band of Indians resident on our Reserve Musqueam Indian Reserve number two in the Province of British Columbia and of Canada, for and acting on behalf of the whole people of our said Band in Council assembled, Do hereby surrender unto Her Majesty the Queen in right of Canada, her Heirs and Successors forever, ALL AND SINGULAR, that certain parcel or tract of land and premises, situate, lying and being in Musqueam Indian Reserve number two in the Province of British Columbia containing by admeasurement 162 acres, be the same, more or less, and being composed of:

The whole of Parcel "A" containing by admeasurement 162 acres more or less as shown on a plan of survey made by D.J. McGuigan, D.L.S. and B.C.L.S. dated the 18th day of May, 1957, or as said parcel may be shown on a final plan of survey for recording in the Indian Affairs survey records at Ottawa.

TO HAVE AND TO HOLD the same unto Her said Majesty the Queen, her Heirs and Successors forever in trust to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people.

AND upon the further condition that all moneys received from the leasing thereof, shall be credited to our revenue trust account at Ottawa.

AND WE, the said Chief and Councillors of the said Musqueam Band of Indians 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 leasing thereof.

At the surrender meeting the Band also voted 25 to 3 to approve the distribution of 50% of the rental revenue from the proposed lease to the holders of individual allotments on the land to be leased. There were only two votes taken by the Band at the meeting: one to approve the surrender and the other to approve the distribution of the rental income.

After the surrender meeting a draft lease was prepared by the solicitors for the golf club. On October 24, 1957 Anfield wrote to the Department in Ottawa enclosing the draft lease. With reference to the proposed 15-year terms, he said:

There has been discussion with the Indians that this term should be reduced, possibly to 10 year periods. In this regard it

son crayon, lui disaient à voix basse comment ils votaient, et Anfield inscrivait le vote.

^a Voici l'acte de cession, ratifié par un vote de 41 voix contre 2:

[TRADUCTION] SACHEZ TOUS PAR LES PRÉSENTES QUE NOUS:

^b les soussignés chefs et conseillers de la bande indienne Musqueam, résidant en la réserve indienne Musqueam n° 2, en la province de Colombie-Britannique du Canada, pour et au nom de l'ensemble du peuple de ladite bande, en conseil assemblé, par les présentes, cèdent à Sa Majesté la Reine du chef du Canada, ses hoirs et successeurs, définitivement, TOUS ET CHACUN de certains lots ou bandes de terre et locaux, sis en la réserve indienne Musqueam n° 2 de la province de Colombie-Britannique, d'une superficie de 162 acres environ, soit:

^d L'ensemble du lot «A», d'une superficie de 162 acres environ, indiqué sur le plan d'arpentage de D.J. McGuigan, arpenteur du Dominion et de la Colombie-Britannique, du 18 mai 1957, ou tel que ledit lot apparaît sur le plan d'arpentage définitif conservé dans les archives d'arpentage des Affaires indiennes, à Ottawa.

^e CÈDÉ ledit bien-fonds à Sa Majesté la Reine, ses hoirs et successeurs, définitivement, en fiducie, pour location à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple.

^f ET sous la condition supplémentaire que tous les loyers perçus pour cette location seront versés à notre crédit dans notre compte en fidéicommiss à Ottawa.

^g ET NOUS, lesdits chefs et conseillers de ladite bande indienne Musqueam, au nom de notre peuple et en notre nom propre, par la présente, avalisons et donnons notre agrément, et promettons d'avaliser et de consentir, à tout ce que ledit gouvernement pourra faire, ou verra à faire faire, licitement, au sujet de ladite location.

^h À l'assemblée de cession, la bande vota aussi, à 25 voix contre 3, l'approbation du partage de 50% du loyer que produirait le bail entre les tenanciers des lots individuels qui seraient loués. Il n'y a eu que deux votes de la bande à l'assemblée: celui qui approuvait la cession du terrain et celui qui approuvait le partage du loyer.

ⁱ Après l'assemblée de cession, les avocats du club de golf rédigèrent un projet de bail. Le 24 octobre 1957, Anfield écrivit au Ministère à Ottawa et joignit à la lettre le projet de bail. Voici ce qu'il disait au sujet des reconductions de quinze ans:

^j [TRADUCTION] A été discutée avec les Indiens la réduction de cette durée, à 10 ans peut-être. A ce sujet, on doit dire qu'il

should be stated that it is going to take 3 years to get this site into operable condition, in addition to which the Club is going to have to make a million dollar investment in a Club House and the cost of constructing and perfecting the golf course. It would hardly seem fair to expect a review of rentals, presumably upward, in as short a space of time as 10 years and we are inclined to recommend that the 15 year period is fair and equitable.

With reference to the proposed 15% limitation on rental increases, he said:

It is noted the draft lease includes an escalator clause limiting increase and decrease to 15% of the rental in the previous rental period. The Department, in their letter dated July 3, 1957, are obviously not happy about the inclusion of such a clause and this matter was discussed at very considerable length last summer with the Directors of the Shaughnessy Golf Club. They point out that they are not a commercial firm but a Club, with a limited membership and it is of the utmost importance that the total financial encumbrance over the lease period be reasonably secured. They are very definitely against the suggestion contained in the Department's letter aforementioned; that review of rentals be subject to agreement and, if necessary, by arbitration. They feel that any such course could be fatal in their overall planning. Having this in mind they submitted to us an opinion by Mr. Douglas W. Reeve, obtained by the Club, and a copy of this document is attached herewith. This report purports to present the considered views both of Mr. Reeve and of the Club Directors; with particular reference to whether or not this escalator clause, with its limitation of 15%, should be contained in the lease. The Directors point out to the Department in their request, that this 15% limitation be retained; that they will be turning back to the Musqueam Indian Band property of terrific value and with vast improvements, and they also stressed the point that a vital factor in this entire project is the stability of the Club in its overall financial undertaking of the project.

Concerning the compromise that was reached in negotiations with the club on the issue of the 15% limitation on rental increases, the Trial Judge said [at page 409]:

Mr. McIntosh testified the 15% limitation of rent increase caused the most difficulty in negotiations with the Indian Affairs Branch. The Branch did not want any such clause. The golf club wanted it in all renewals. A compromise was reached providing a 15% limitation in respect of the first renewal. That compromise, according to Mr. McIntosh, came as a result of a meeting with Harrison, Jackson and Arneil.

The Trial Judge found [at page 409] that "Neither the views expressed in Anfield's letter (Ex. 63), nor a copy of the letter containing them, nor a copy of the draft lease were given to the Band Council . . ." He further observed [at page 409]: "Put baldly, the Band members, regardless of the whole history of dealings and the limited informa-

faudra 3 ans pour aménager les lieux et par la suite le club devra investir un million de dollars en bâtiments et en aménagements et améliorations du terrain de golf. Il ne semble guère juste d'exiger une révision des loyers, présumément à la hausse, dans un aussi court espace de temps que 10 ans; aussi sommes-nous enclins à recommander une durée de 15 ans comme juste et équitable.

Et au sujet de la proposition de plafonner à 15 % les hausses de loyer:

[TRADUCTION] On remarquera que le projet de bail comporte une clause d'échelle mobile limitant les hausses et les réductions de loyer à 15 % du loyer antérieur. Le Ministère, dans sa lettre du 3 juillet 1957, n'est manifestement pas satisfait de l'inclusion de cette clause. Aussi l'affaire fut-elle discutée longuement l'été dernier avec les administrateurs du club de golf Shaughnessy. Ceux-ci font remarquer qu'ils ne forment pas une entreprise commerciale mais bien un club, dont le nombre de membres est limité; il est de la plus haute importance que la charge financière globale en cours de bail soit raisonnablement déterminée. Ils s'opposent formellement à la suggestion du Ministère dans la lettre précitée de procéder à la révision des loyers de consentement mutuel et si nécessaire d'avoir recours à l'arbitrage. Une telle façon de faire détruirait, pensent-ils, leur planification globale. Ayant cela à l'esprit, ils produisent l'avis de M. Douglas W. Reeve, que le club a obtenu; copie de ce document est annexée. Ce rapport présenterait les vues de M. Reeve et des administrateurs du club; il mentionne notamment l'importance d'inclure la clause d'échelle mobile, avec le plafond de 15 %, dans le bail. Les administrateurs insistent dans leur demande au Ministère pour que ce plafond de 15 % soit conservé: ils rendront à la bande indienne Musqueam une propriété d'une valeur immense avec ses nombreuses améliorations et, rappellent-ils, un facteur primordial de tout le projet demeure la stabilité financière globale du club qui l'entreprend.

Sur le compromis négocié avec le club au sujet du plafonnement à 15 % des hausses de loyer, le premier juge a déclaré [à la page 409]:

M^e McIntosh a dit dans son témoignage que ce plafonnement à 15 % des hausses de loyer a été la pierre d'achoppement des négociations avec la Direction des affaires indiennes. La Direction ne voulait pas de cette clause. Le club la désirait pour toutes les reconductions. On arriva à un compromis: le plafond de 15 % ne jouerait que lors de la première reconduction. Ce compromis, d'après M^e McIntosh, fut le résultat d'une rencontre entre Harrison, Jackson et Arneil.

Le premier juge a constaté [à la page 409] que: «Ni les commentaires apparaissant dans la lettre d'Anfield (pièce 63), ni une copie de la lettre les contenant, ni enfin aucune copie du projet de bail n'ont été remis au conseil de bande . . . » Il faisait aussi remarquer [à la page 409] qu'«A dire vrai, les membres de la bande, hormis l'historique des

tion imparted at the surrender meeting, were never consulted.”

On November 25, 1957 Bethune wrote to Arneil enclosing a draft lease prepared in Ottawa. It embodied revisions of the draft proposed by the golf club. Bethune suggested further consideration of the provision permitting the club to terminate the lease at the end of any fifteen-year period. He said:

There is, however, one item that I would like you to seriously consider, namely, the provision of paragraph three which provides for the cancellation of this lease at the end of any fifteen year period. This clause has been retained merely for the purpose of discussion. It seems paradoxical if the club wants a seventy-five year lease to insert the clause permitting them to cancel it after only fifteen years. On consideration you may come to the conclusion that the Indians have nothing to lose even if the lease is cancelled after the first fifteen years.

The Trial Judge made the following findings of fact concerning the failure to inform the Band of this letter or any of the other communications between the parties involved in the negotiation of the lease [at pages 409-410]:

The evidence indicates that a copy of this letter was given to Mr. Grant and to Mr. McIntosh, the golf club's solicitor, but not to the Band.

I make this comment at this stage. The evidence adduced by the plaintiffs is to the effect Anfield had no discussions with the Band Council, or the Band, following the surrender meeting. None of the documents or letters passing between the golf club and Indian Affairs were given to the Band Council or the Band. There were discussions among Anfield, Arneil and golf club officers, including the solicitors, in respect of the lease terms. The solicitor assumed all matters discussed were being communicated to the Band. Neither the chief nor the Band Council were part of those discussions nor were they advised of them.

I accept that evidence adduced on behalf of the plaintiffs.

On December 6, 1957 the surrender was accepted by Order in Council P.C. 1957-1606, which reads as follows:

His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Acting Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to section 40 of the Indian Act, is pleased hereby to accept the attached surrender dated the sixth day of October, 1957, of a certain portion of Musqueam Indian Reserve Number Two, in the Province of British Columbia, more particularly described in the surrender, it having been duly assented to by the electors of the Musqueam Band of Indians in the said Province, in accordance with the provisions of the Indian Act, in order that the lands covered thereby may be leased.

tractations et l'information limitée fournie lors de l'assemblée de la cession, n'ont jamais été consultés.»

Le 25 novembre 1957, Bethune écrivit à Arneil et joignit à sa lettre un projet de bail rédigé à Ottawa qui apportait des modifications au projet du club de golf. Bethune suggérait une étude approfondie de la clause de résiliation du bail au terme de chaque période de quinze ans. Il disait:

[TRADUCTION] Il y a toutefois un point que je voudrais vous voir sérieusement étudier: la stipulation du troisième paragraphe où l'on prévoit la résiliation du bail au terme de chaque période de quinze ans. Cette clause a été retenue simplement pour fin de discussion. Il semble paradoxal qu'un club désirant un bail de soixante-quinze ans insère une clause lui permettant de le résilier après quinze ans. A l'examen, vous vous rendez compte que les Indiens n'ont rien à perdre même si le bail est résilié après les premiers quinze ans.

Le juge de première instance a constaté [aux pages 409 et 410] les faits suivants pour ce qui est du défaut d'informer la bande de cette lettre ainsi que de toute autre communication intervenue entre les parties à la négociation du bail:

La preuve administrée montre qu'une copie de cette lettre fut remise à M. Grant et à M^e McIntosh, l'avocat du club de golf, mais pas à la bande.

Je me permettrai, à ce stade-ci, le commentaire suivant. La preuve qu'ont administrée les demandeurs cherche à établir qu'Anfield n'a eu aucune discussion avec le conseil de bande, ni avec la bande, après l'assemblée de la cession. Aucune des pièces ou des lettres échangées entre le club et les affaires indiennes n'a été remise au conseil de bande ou à la bande elle-même. Il y eut des rencontres entre Anfield, Arneil et les dirigeants du club, y compris leurs avocats, au sujet des conditions du bail. L'avocat supposa que tout ce qui se passait était communiqué à la bande. Ni le chef ni le conseil de bande n'ont été partie à cette discussion ni n'en ont été notifiés.

Je considère fondée la preuve administrée au nom des demandeurs.

Le 6 décembre 1957, la cession était acceptée par le décret C.P. 1957-1606, que voici:

[TRADUCTION] Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur proposition du ministre par intérim de la Citoyenneté et de l'Immigration et sur le fondement de l'article 40 de la Loi sur les Indiens, approuve par les présentes l'acte de cession en date du 6 octobre 1957, ci-annexé, en vue de la location d'une partie de la réserve indienne Musqueam n° 2 sise en la province de Colombie-Britannique, décrite avec précision dans l'acte de cession, après ratification par les électeurs de la bande indienne Musqueam de ladite province et conformément aux dispositions de la Loi sur les Indiens.

Further negotiations took place concerning the terms of the proposed lease. On January 9, 1958 there was a Band Council meeting which was attended by Jack Letcher, who had replaced Anfield as Indian Superintendent following the promotion of Anfield to Assistant Indian Commissioner of British Columbia. Minutes of the meeting were kept by Charles Jr. The Trial Judge made the following findings with respect to what transpired at that meeting [at page 412]:

Letcher read a letter regarding the golf club lease. It indicated the renewal periods were 15 years instead of 10. Chief Sparrow pointed out the Band had demanded 10-year periods. William Guerin said the Council members were flabbergasted to learn about the 15-year terms. William Guerin testified Letcher said the band was "stuck" with the 15-year terms. I accept Guerin's evidence. The Band Council then passed a resolution that it agreed the first term should be 15 years, but insisted the renewal terms be set out at 10-year periods.

The lease with the golf club was made on January 22, 1958. The term of the lease was seventy-five years. The rent for the first fifteen years was to be \$29,000 per annum. The provision with respect to the determination of the rent for each of the successive fifteen-year periods of the lease is as follows:

For each of the four succeeding fifteen year periods of the term of this lease, an annual rent to be determined on or before the commencement of each such period by mutual agreement or, failing such agreement, by arbitration pursuant to the laws of the Province of British Columbia; such rent to be equal to the fair rent for the demised premises as if the same were still in an uncleared and unimproved condition as at the date of each respective determination and considering the restricted use to which the Lessee may put the demised premises under the terms of this lease; PROVIDED HOWEVER that the annual rent for the first succeeding fifteen year period of the term of this lease shall in no event be increased by more than 15% of the initial rent of \$29,000.00 per annum.

The provision with respect to the right of the club to terminate the lease at the end of any fifteen-year period is as follows:

The lessee may terminate this lease at the end of any of the fifteen year periods of the term hereof by giving written notice of its intention in that regard to the lessor at least six months prior to the expiration of the then current fifteen year period of the term hereof.

The provision with respect to the club's right to remove any improvements at the end of the lease is as follows:

At any time during the term of this lease and for a period of up to six months after the termination, the lessee shall have the

Les négociations se sont poursuivies sur les conditions du projet de bail. Le 9 janvier 1958, eut lieu une assemblée du conseil de bande à laquelle assistait Jack Letcher, le remplaçant d'Anfield au poste de surintendant des Indiens après la promotion de ce dernier au poste de commissaire-adjoint des Indiens de la Colombie-Britannique. Charles Jr. dressa le procès-verbal de l'assemblée. Voici ce que le juge du fond a constaté [à la page 412] sur ce qui s'est passé à cette assemblée:

Letcher fit lecture d'une lettre relative au bail du club de golf. Elle indiquait que les reconductions seraient de 15 ans au lieu de 10. Le chef Sparrow fit remarquer que la bande avait demandé des reconductions de 10 ans. Selon William Guerin, le conseil fut abasourdi d'apprendre que la reconduction serait de 15 ans. William Guerin a dit dans son témoignage que Letcher déclara alors que la bande était [TRADUCTION] «prise» avec les reconductions de 15 ans. J'accepte comme avéré le témoignage de Guerin. Le conseil de bande adopta alors une résolution par laquelle il acceptait la première période de 15 ans mais insistait pour que les reconductions subséquentes soient de 10 ans.

Le bail fut conclu avec le club de golf le 22 janvier 1958. La durée du bail était de soixante-quinze ans. Le loyer pour les quinze premières années était de 29 000 \$ par an. Voici la clause relative au loyer pour chaque reconduction de 15 ans du bail:

[TRADUCTION] Pour chacune des quatre reconductions de 15 ans du bail, un loyer sera fixé avant le début de chaque reconduction, de gré à gré ou, à défaut, par arbitrage, conformément à la loi de Colombie-Britannique, ce loyer devant être égal au juste loyer des lieux fournis s'ils étaient toujours non défrichés et non améliorés à la date de chaque fixation respective du loyer et en considérant que l'usage que le locataire peut en faire selon le bail est restreint; POURVU TOUTEFOIS que le loyer annuel pour la première reconduction de 15 ans du bail ne soit pas supérieur de plus de 15 % au loyer initial de 29 000 \$ l'an.

Voici la clause donnant droit au club de résilier le bail au terme de toute reconduction de quinze ans:

[TRADUCTION] Le locataire peut résilier le bail tous les quinze ans, par préavis écrit de son intention signifié au locateur au plus tard six mois avant le terme de la période de quinze ans en cours.

Voici la clause relative au droit du club d'enlever les améliorations à la fin du bail:

[TRADUCTION] Pendant la durée du bail et six mois après son terme, le locataire pourra, à tout moment, enlever tout

right to remove any buildings and other structures constructed or placed by it upon the leased area and any course improvements and facilities, filling in all excavations and leaving the premises in a neat and tidy condition.

The Trial Judge agreed [at page 413] with the testimony of Grant that "the terms of the lease ultimately entered into bore little resemblance to what was discussed at the surrender meeting."

A copy of the lease was not given to the Band Council or the Band. Andrew Charles, on behalf of the Band, requested a copy of the lease on several occasions, but was refused. The Band, in spite of their requests, were unable to obtain a copy of the lease until March 1970.

The respondents instituted their action on December 22, 1975.

The respondents' action is for breach of trust. It seeks "a declaration that the Defendant was in breach of its trust responsibility to the Plaintiffs in agreeing to and executing the lease of January 22nd, 1958" and compensation for the damages caused to the Band by the alleged breach of trust.

The statement of claim alleges several breaches of trust. There is a general allegation in paragraph 10 and more particular allegations of breach of trust in paragraph 11. These paragraphs are as follows:

10. The Defendant, in agreeing to and executing the above mentioned lease, failed to exercise the degree of care, stewardship and prudent management required by a trustee in the administration of the assets of a cestui que trust or a beneficiary, with a resulting loss of revenue to the Plaintiffs.

11. In particular, and without limiting the generality of paragraph 8 above, the Defendant failed to exercise the degree of care, stewardship and prudent management required of a trustee in the administration of trust assets:

- (a) by failing to have sufficient or adequate valuations done of the land involved in the lease,
- (b) by leasing for the purpose of a golf and country club,
- (c) by agreeing to an initial rental of \$29,000 per year,
- (d) by agreeing to fifteen (15) year rent review periods,
- (e) by agreeing to a 15% limitation on the rental increase at the end of the first fifteen (15) year rental period,
- (f) by agreeing that the lessee could remove buildings and improvements at the termination of the lease,
- (g) by agreeing to an arbitration mechanism which relied on provincial arbitration legislation,

bâtiment ou structure qu'il aura construit ou placé sur l'immeuble loué, toutes les améliorations apportées au terrain et toutes les installations pourvu qu'il comble toutes les excavations et laisse les lieux en bon état.

a Le premier juge partageait [à la page 413] l'opinion exprimée par Grant dans son témoignage: «les conditions du bail finalement conclu ne ressemblaient que fort peu à celles qui avaient été discutées à l'assemblée de la cession».

b Aucune copie du bail ne fut remise à la bande ni au conseil. Andrew Charles, au nom de la bande, demanda une copie du bail à plusieurs reprises; elle lui fut refusée. La bande, en dépit de ses demandes répétées, fut incapable d'obtenir une copie du bail avant mars 1970.

Les intimés ont engagé leur action le 22 décembre 1975.

d L'action des intimés est fondée sur le manquement à une fiducie. Ils demandent [TRADUCTION] «un jugement déclaratoire disant que la défenderesse a manqué à ses responsabilités de fiduciaire envers les demandeurs en approuvant le bail et en acceptant de le conclure le 22 janvier 1958», et des dommages-intérêts pour le préjudice causé à la bande.

f La déclaration mentionne plusieurs manquements aux devoirs d'un fiduciaire. Après une affirmation générale au paragraphe 10 concernant ce manquement, le paragraphe 11 inclut une énumération détaillée des allégations faites contre la défenderesse. Voici ces paragraphes:

g [TRADUCTION] 10. La défenderesse, en approuvant et en concluant le bail précité n'a pas apporté le soin, la diligence et la prudence requis d'un fiduciaire dans l'administration des biens du cestui que trust ou bénéficiaire, et a causé ainsi aux demandeurs un préjudice pécuniaire.

h 11. Notamment, et sans restreindre la portée générale du paragraphe 8, la défenderesse n'a pas apporté le soin, la diligence et la prudence requis d'un fiduciaire dans l'administration des biens de la fiducie:

- a) en ne faisant pas procéder à des évaluations suffisantes et adéquates du terrain loué;
- b) en louant le terrain à un club de golf et de loisirs;
- c) en acceptant un loyer initial de 29 000 \$ l'an;
- d) en acceptant des reconductions de quinze (15) ans;
- e) en plafonnant à 15 % les hausses de loyer au terme des quinze (15) premières années;
- f) en acceptant que le locataire puisse enlever bâtiments et améliorations au dernier terme du bail;
- g) en acceptant une clause compromissoire, sous le régime de la législation provinciale;

- (h) by agreeing to valuing the leased land for the purposes of agreeing upon or arbitrating rental changes (i) as if it were still an [sic] uncleared and unimproved condition, and (ii) considering the restricted use permitted by the lease,
- (i) by failing to report the details of the lease transaction or provide a copy of the lease to the Musqueam Indian Band until after the 15th day of January, 1970,
- (j) by failing to include provisions in the lease which were in accordance with the wishes and instructions of the Musqueam Band Council and which were in the best interests of the Musqueam Indian Band,
- (k) by failing to take into account the growth potential and future potential value of the leased lands and of the areas adjacent to the leased lands,
- (l) by failing to take into account the potential for alternative development both present, and future of the leased lands,
- (m) by failing to take into account the present and future monetary and potential use of the leased lands,
- (n) by fraudulently entering into the lease agreement without the knowledge of and contrary to the express instructions, wishes and interest of the Plaintiff,
- (o) by fraudulently withholding information concerning the terms and conditions of the lease from the Plaintiffs until several years after the execution of the lease.

The Trial Judge concluded [at pages 417-418] that a trust was created by the surrender of October 6, 1957, with the following terms concerning the proposed lease:

In my view, the surrender of October 6, 1957, imposed on the defendant, as trustee, a duty as of that date, to lease to Shaughnessy Golf Club on these conditions:

- (a) A total term of 75 years.
- (b) The rental revenue for the first 15 years to be \$29,000.
- (c) The remaining 60 years of the lease to be divided into six 10-year terms.
- (d) Future rental increase to be negotiated for each new term; no provisions regarding arbitration or the manner in which the land would be valued.
- (e) No 15% limitation on rental increases.
- (f) All improvements on the land, on the expiration of the lease, to revert to the Crown.

The breach of trust found by the Trial Judge was characterized in the following terms [at page 418]:

The defendant, through the personnel and officials of the Indian Affairs Branch, breached her duty as a trustee. The 162 acres were not leased to the golf club on the terms and conditions authorized by the Band. Substantial changes were made, as can be seen in the final lease document. In respect of those changes, no instructions or authorization were [sic] sought by the defendant, as trustee, from the Band, the *cestui que trust*. Band approval ought to have been obtained. There was a duty on the defendant, through her personnel, to do so.

- h) en convenant de donner à l'immeuble pour les révisions arbitrales ou conventionnelles du loyer, la valeur qu'il aurait (i) s'il n'avait été ni défriché ni aménagé et (ii) s'il n'était destiné qu'à l'usage restreint autorisé par le bail;
- i) en ne communiquant pas à la bande Musqueam, avant le 15 janvier 1970, les modalités précises de l'arrangement locatif ni la copie du bail;
- j) en n'ayant pas stipulé dans le bail des clauses conformes aux souhaits et aux directives du conseil de la bande Musqueam et aux meilleurs intérêts de ladite bande;
- k) en ne tenant pas compte du potentiel de croissance de la valeur du terrain loué et des terres voisines de celui-ci;
- l) en ne tenant pas compte des autres possibilités d'aménagement actuel et futur des immeubles loués;
- m) en ne tenant pas compte du potentiel financier ni de la vocation, actuels et futurs, des immeubles loués;
- n) en ayant contracté frauduleusement un bail contraire aux instructions, aux désirs et aux intérêts exprimés par les demandeurs, et à leur insu;
- o) en taisant frauduleusement certaines informations concernant les conditions du bail qui n'ont été révélées aux demandeurs que plusieurs années après sa signature.

Le premier juge a conclu [aux pages 417 et 418] que la cession du 6 octobre 1957 avait emporté constitution d'une fiducie, comportant les conditions suivantes relativement au bail offert:

A mon avis, la cession du 6 octobre 1957 a imposé à la défenderesse, en tant que fiduciaire, l'obligation, à compter de cette date, de louer au club de golf Shaughnessy aux conditions suivantes:

- a) Une durée globale de 75 ans.
- b) Un loyer pour les premiers 15 ans de \$29,000.
- c) La division des 60 années restantes du bail en six périodes de 10 ans.
- d) La renégociation des hausses futures de loyer à chaque reconduction sans clause d'arbitrage ni mode d'évaluation du bien-fonds.
- e) Aucun plafond de 15% sur les hausses de loyer.
- f) Le retour à la Couronne de toutes les améliorations apportées au bien-fonds à l'arrivée du terme.

Le manquement à la fiducie constaté par le premier juge est décrit comme suit [à la page 418]:

La défenderesse, par son personnel et les fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes, a manqué à ses obligations de fiduciaire. Les 162 acres n'ont pas été louées au club de golf aux conditions que la bande indienne avait autorisées. Des changements substantiels ont été faits comme le montre l'acte de bail définitif. Pour ces changements, la défenderesse n'a cherché à obtenir, comme fiduciaire, aucune instruction ni autorisation de la bande indienne bénéficiaire, la *cestui que trust*. L'approbation de la bande indienne aurait dû être obtenue. La défenderesse avait l'obligation, par son personnel, de l'obtenir.

The Trial Judge found that the Band would not have voted in favour of the surrender had they known that the lease to the golf club would contain the terms it did. He said [at page 413]:

Chief Edward Sparrow, William Guerin and Andrew Charles Jr. were present and voted at the surrender meeting of October 6, 1957. They testified they would not have voted to surrender the 162 acres if they had known the ultimate terms of the lease entered into between the defendant and the golf club.

I accept their evidence. I found them to be honest, credible witnesses. Their testimony was not seriously affected, in my view, by hindsight.

I have already set out my findings as to what the members of the Band knew, and did not know, at the time of the surrender vote. The balance of probabilities is, to my mind, the majority of those who voted on October 6, 1957, would not have assented to a surrender of the 162 acres if they had known all the terms of the lease of January 22, 1958.

In connection with a defence based on the statute of limitations, a submission that the Crown should be excused from the alleged breach of trust on the ground that it had acted honestly and reasonably, and a claim for exemplary damages, the Trial Judge made the following findings as to the character of the conduct of the officials of the Indian Affairs Branch [at page 425]:

The conduct of the Indian Affairs Branch personnel in this case amounted, in my opinion, to equitable fraud. There was not, as argued by the plaintiffs, fraud in the sense of deceit, dishonesty, or moral turpitude on the part of Anfield, Arneil and others. But the failure to return to the Band or Council, after October 6, 1957, for authorization as to the proposed terms of the lease, was, in view of all that had gone on "... an unconscionable thing for the one to do towards the other". There was a concealment amounting to equitable fraud.

[and at page 430]:

Even if this Court had such jurisdiction, I would not, in the circumstances here, grant relief, in whole or in part, to the defendant. The Indian Affairs Branch personnel in entering into the golf club lease acted, in my opinion, honestly. There was no deliberate or wilful dishonesty towards the Band. But the personnel, and ultimately the defendant, did not act reasonably in signing the lease without first going back to the Band. I cannot see that it would be fair to excuse the defendant.

[and at page 443]:

I cannot classify the actions of Anfield, Arneil, and the officials in Ottawa, as oppressive, arbitrary, or high-handed. I have already found against any allegations of dishonesty, moral fraud, or deliberate, malicious concealment. The Indian Affairs Branch personnel thought they had the right to negotiate the

Le juge du fond a constaté que la bande indienne n'aurait pas voté en faveur de la cession si elle avait eu connaissance des conditions stipulées dans le bail consenti au club de golf. Il dit [à la page 413]:

Le chef Edward Sparrow, William Guerin et Andrew Charles Jr. étaient présents et votèrent à l'assemblée de la cession du 6 octobre 1957. Ils ont déclaré dans leur témoignage qu'ils n'auraient pas voté la cession des 162 acres s'ils avaient connu les conditions définitives du bail intervenu entre la défenderesse et le club de golf.

J'accepte leur témoignage. J'ai constaté qu'il s'agissait de témoins honnêtes et dignes de foi. Leur témoignage n'a pas été sérieusement entaché, à mon avis, par l'après coup.

J'ai déjà énoncé mes constatations au sujet de ce que la bande savait et ne savait pas à l'époque du vote sur la cession. La prépondérance de preuve montre, je pense, que la majorité de ceux qui votèrent le 6 octobre 1957 n'auraient pas consenti à la cession des 162 acres s'ils avaient connu toutes les conditions du bail du 22 janvier 1958.

Au sujet de la défense, qui excipe de la prescription légale et du comportement honnête et raisonnable de la Couronne qui l'excuserait du manquement à la fiducie, et à propos des dommages exemplaires demandés, le premier juge, considérant le comportement des fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes, a constaté [à la page 425] que:

La conduite du personnel de la Direction des affaires indiennes en l'espèce équivaut, à mon avis, à une fraude d'équité. Il n'y a pas eu, comme le soutiennent les demandeurs, fraude au sens de dol, de malhonnêteté ou de turpitude morale de la part d'Anfield, d'Arneil et d'autres. Mais le fait de ne pas revenir devant la bande ou le conseil après le 6 octobre 1957 pour faire avaliser les conditions proposées du bail a constitué, compte tenu de tout ce qui s'était passé, «une conduite ... fort peu scrupuleuse de la part de l'une envers l'autre». Il y a eu dissimulation équipollente à la fraude d'équité.

[et à la page 430]:

Même si notre juridiction avait cette compétence, dans les circonstances, je n'accorderais pas, ne fût-ce qu'en partie, ce moyen à la défenderesse. Le personnel de la Direction des affaires indiennes, en contractant le bail du club de golf, a agi, à mon avis, honnêtement. Il n'y a pas eu malhonnêteté délibérée ni volontaire envers la bande indienne. Mais le personnel et, en dernier ressort, la défenderesse, n'ont pas agi en bon père de famille en signant un bail sans se représenter d'abord devant la bande indienne. Je ne puis voir ce qui, en toute justice, pourrait excuser la défenderesse.

[et à la page 443]:

Je ne peux qualifier les actes d'Anfield et d'Arneil, et des fonctionnaires d'Ottawa, d'oppressifs, d'arbitraires ou de tyranniques. J'ai déjà jugé non fondées les allégations de malhonnêteté, de fraude morale et de dissimulation délibérée ou malicieuse. Le personnel de la Direction des affaires indiennes a cru

final terms of the lease without consultation with the Band. I have found, in effect, they did not have that right. That finding does not convert their actions into oppressive or arbitrary conduct, warranting punishment by way of exemplary damages.

The Trial Judge suggested [at pages 410-411] the following explanations for the failure of the officials of the Indian Affairs Branch to return to the Band for approval of the terms of the lease that was entered into with the golf club:

There are, I think, three explanations. None are exonerations. The surrender did not specify that any lease was to be made with the golf club. Nor did it provide that any ultimate lease, whomever with, had to be approved by the Band or the Band Council. The probabilities are the Indian Affairs people took the view they were, by the terms of the surrender, free to negotiate for the best possible terms, without the necessity of consulting the Band.

The second explanation, as to why there was no communication with the Band after the surrender meeting, is probably that Anfield had, by reason of his promotion, more onerous duties. His replacement had not yet been appointed. That did not occur until sometime in December of 1957, when Mr. J. C. Letcher was appointed.

The third explanation is allied to the first. At that time and for many years before, according to the evidence, a great number of Indian Affairs personnel, *vis-à-vis* Indian bands and Indians, took a paternalistic, albeit well-meaning, attitude: the Indians were children or wards, father knew best. Grant described Anfield, from his observation of him, as falling within that description.

The Trial Judge awarded damages of \$10 million on the premise that the golf club would not have agreed to a lease on the terms found by the Trial Judge as the terms of the trust, and it would, therefore, have been possible at some point to lease the land on a 99-year residential leasehold basis on much more favourable terms than the oral terms found by the Trial Judge. The finding by the Trial Judge that the golf club would not have agreed to a lease on these terms is expressed as follows [at page 431]:

One possibility, not discussed in evidence or argument, was further negotiation and agreement between the golf club and the Band, through the Indian Affairs Branch. The defendant called Mr. McIntosh, Mr. Jackson, Mr. Harrison, Mr. Pipes and Mr. Gillespie. I shall refer to those gentlemen, collectively, as the golf club witnesses. I conclude, from their evidence, it was unlikely the golf club would have agreed to deletion of the 15% limitation on increase of rent in the second 15-year period,

avoir le droit de négocier les conditions finales du bail sans avoir à consulter la bande indienne. J'ai jugé en fait qu'il n'avait pas ce droit. Cela ne fait pas de leur action une conduite oppressive ni arbitraire, justifiant la sanction des dommages-intérêts exemplaires.

^a Le juge du fond a offert [aux pages 410 et 411] les explications suivantes du comportement des fonctionnaires de la Direction des affaires indiennes qui ne se sont pas présentés de nouveau devant ^b la bande indienne pour faire approuver les véritables conditions du bail contracté avec le club de golf:

^c Il y a, je pense, trois explications à cela. Aucune n'est disculpatoire. La cession ne stipulait pas expressément qu'on devait louer au club de golf; elle ne précisait pas non plus que le bail ultime, quel que fût le cocontractant, devait être approuvé par la bande ou le conseil de bande. Fort probablement aux affaires indiennes, on était d'avis, vu les conditions de la cession, qu'on était libre de négocier aux conditions jugées les meilleures, sans avoir à consulter la bande.

^d La seconde explication de l'ignorance dans laquelle furent maintenus les Indiens de la bande après l'assemblée de la cession serait qu'Anfield, en raison d'une promotion, avait dû assumer des fonctions plus lourdes. La vacance de son ancien poste n'était pas encore comblée. Cela n'eut lieu qu'en décembre ^e 1957, date à laquelle M. J. C. Letcher fut nommé.

^f La troisième explication est reliée à la première. A cette époque, depuis des années, un grand nombre de fonctionnaires des affaires indiennes entretenait à l'égard des Indiens et de leurs bandes, avec les meilleures intentions du monde, une attitude paternaliste. Les Indiens étaient des enfants, leurs pupilles; on connaissait mieux qu'eux ce qui était bon pour eux. Grant a dit d'Anfield, d'après ce qu'il avait observé de son comportement, qu'il avait cette attitude.

^g Le juge du fond a accordé des dommages-intérêts de dix millions de dollars, se fondant sur la prémisses que le club de golf n'aurait pas signé un bail aux conditions jugées par lui comme étant celles de la fiducie et qu'il aurait alors été possible, à un moment donné, de louer le terrain pour 99 ^h ans à des fins résidentielles à des conditions beaucoup plus avantageuses que les conditions verbales constatées par le juge. Le premier juge a expliqué comme suit [à la page 431] la raison pour laquelle le club de golf n'aurait pas consenti à un bail à ces ⁱ conditions:

^j Ainsi, bien qu'on n'en ait pas parlé, ni lors de l'administration de la preuve, ni en plaidoiries, les Indiens, par l'intermédiaire de la Direction des affaires indiennes, et le club de golf auraient pu poursuivre les négociations pour finalement en arriver à un accord. La défenderesse a cité MM. McIntosh, Jackson, Harrison, Pipes et Gillespie. J'appellerai ces témoins, comme groupe, les témoins du club de golf. Je conclus de leurs témoignages qu'il est fort peu probable que le club de golf ait

or to any reduction in the rental terms from 15 years to 10. I also think it unlikely, based on the evidence of McIntosh, the golf club would have relinquished its proposal to have the right to remove improvements at any time the lease came to an end. Nor do I think the golf club would have agreed to negotiations and arbitration for future rental based on the highest and best use of the land.

I put aside, therefore, any estimate of damages on the basis of a suitable or desirable golf club lease from the Band's point of view, as contrasted with the lease now in force.

In supplementary reasons [[1982] 2 F.C. 445], the Trial Judge rejected claims for pre-judgment interest, an increase in the rate of post-judgment interest, and costs on a fixed or lump sum basis.

It is important to keep in mind that this is an action which is based on breach of trust and only on breach of trust. It is not an action to set aside a surrender, and a disposition of surrendered land pursuant thereto, on the ground of fraud or non-fulfilment of the conditions of the surrender. It is not an action for negligence in the exercise of statutory authority with respect to the disposition of land in a reserve. It is not an action for rectification of the terms of a surrender of land in a reserve. The action must stand or fall on whether the Crown was a trustee, in the private law sense, of the land in the reserve that was leased to the Shaughnessy Heights Golf Club, and whether the lease which it made of the land to the club was in breach of trust. The appeal raises squarely and unavoidably the question whether the legal relationship of the Crown, or the Government, to the land in a reserve and to reserve land which is surrendered "in trust" for the purpose of lease, is that of a trustee in the private law sense, that is, whether it is an equitable obligation enforceable in the courts. The Trial Judge cited [at page 413] the following definition of "trust" in *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12th ed., 1970, page 3: "A trust is an equitable obligation, binding a person (who is called a trustee) to deal with property over which he has control (which is called the trust property), for the benefit of persons (who are called the beneficiaries or *cestuis que trust*), of whom he may himself be one, and any one of whom may enforce the obligation. Any act or neglect on the part of a trustee which is not

accepté la suppression du plafond de 15 % imposé aux hausses de loyer pour la seconde reconduction de 15 ans, ou toute réduction de durée de 15 à 10 ans. Je crois qu'il est aussi fort peu probable, d'après le témoignage de McIntosh, que le club de golf ait abandonné la clause lui donnant le droit d'enlever les améliorations au terme, quel qu'il soit, du bail. Je ne crois pas non plus que le club de golf aurait accepté une renégociation du bail, ou un arbitrage, sur la base du meilleur et plus rentable usage du terrain.

J'écarte donc toute évaluation du dommage qui serait fondée sur le genre de location au club de golf qu'aurait jugée favorable la bande indienne, par opposition au bail actuellement en vigueur.

Dans des motifs supplémentaires [[1982] 2 C.F. 445], le juge de première instance a refusé d'accorder un intérêt antérieurement au jugement, une hausse du taux de l'intérêt couru après le jugement et une somme forfaitaire à titre de dépens.

Il importe de rappeler qu'il s'agit uniquement d'une action pour manquement à une fiducie et non d'une action en annulation de la cession et de l'aliénation de l'immeuble cédé qui serait fondée sur la fraude ou l'inexécution des conditions de la cession. Ce n'est pas une action pour négligence dans l'exercice d'un pouvoir légal relatif à l'aliénation du terrain d'une réserve. Enfin ce n'est pas non plus une action en rectification des conditions de la cession du bien-fonds d'une réserve. L'action sera accueillie ou rejetée selon que la Couronne était ou n'était pas fiduciaire, au sens du droit privé, de l'immeuble de la réserve loué au club de golf Shaughnessy Heights et que le bail consenti pour cet immeuble ou club constituait ou non un manquement à cette fiducie. L'appel pose directement et inévitablement la question de la définition du rapport juridique existant entre la Couronne ou le gouvernement, et le bien-fonds d'une réserve ou un terrain réservé cédé «en fiducie» aux fins de location; s'agit-il d'une relation fiduciaire au sens du droit privé, c'est-à-dire d'une obligation d'*equity* que sanctionnent les tribunaux? Le juge du fond a cité [à la page 413] la définition suivante de la «fiducie» dans *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 12^e éd., 1970, page 3: [TRA-DUCTION] «Un *trust* [fiducie] consiste en une obligation d'*equity* par laquelle une personne (appelée *trustee* [fiduciaire]) doit administrer un bien dont elle assume la garde (qu'on appelle le bien du *trust* [le bien en fiducie]) au profit de tiers (qu'on appelle bénéficiaires ou *cestuis que trust*) au nombre desquels elle peut être, et dont tous et

authorised or excused by the terms of the trust instrument, or by law, is called a breach of trust.” The completeness of this definition has been the subject of commentary (see Waters, *Law of Trusts in Canada*, 1974, page 5), but it is not disputed that it reflects the essence of a trust, which, as I take it, is an equitable obligation to deal with property in a certain manner, whether it be for the benefit of some person or persons or for some other purpose.

It is necessary to consider the basis on which the respondents claim that there was a trust in the private law sense. In response to an order by the Trial Division for particulars of the trust “upon which it is alleged that the Musqueam Band surrendered the land described in paragraph 5” of the amended statement of claim, the respondents furnished the following particulars:

The trust was created on or about October 6th, 1957, by a surrender document which surrendered one hundred sixty-two acres of Musqueam Indian Band reserve lands to Her Majesty the Queen in the Right of Canada, in trust, for the Musqueam Indian Band. The terms of the Trust were oral and were to the effect that the lands were to be surrendered to Her Majesty The Queen so that these lands could be leased to the Shaughnessy Heights Golf Club for the purposes of a golf course on certain lease terms to be incorporated into a Lease between Her Majesty Queen Elizabeth The Second and the Shaughnessy Heights Golf Club.

In this Court the respondents argued that in addition to the trust created by the surrender, a trust was imposed on the Crown by the provisions of the *Indian Act* throughout the relevant period with respect to the management and disposition of the land in the reserve. It is convenient to refer to this alleged trust as a “statutory trust”, despite the technical connotation that this expression has in the law of trusts. It would appear that this statutory trust is the necessary foundation for the alleged breaches of trust that would have occurred before the surrender. As I understood counsel, the concept of a statutory trust was not argued in the Trial Division. In any event the Trial Judge did not refer to it. But counsel for the appellant objected to the respondents’ reliance on a statutory trust chiefly on the ground that it had not been pleaded, and had indeed been expressly excluded by the

chacun peuvent obtenir l’exécution de l’obligation. Tout acte ou négligence de la part du *trustee* [du fiduciaire] qui n’est pas autorisé ou que n’excusent ni les termes de l’acte de *trust* [de fiducie] ni la loi, constitue un manquement au *trust* [à la fiducie].» Certains ont fait observer que cette définition pouvait être incomplète (voir Waters, *Law of Trusts in Canada*, 1974, page 5), mais il n’est pas contesté qu’elle reflète bien l’essence de ce qu’est un *trust*, une fiducie, c’est-à-dire, à mon sens, l’obligation d’*equity* d’administrer un bien d’une certaine manière, que ce soit pour le profit d’une ou plusieurs personnes ou pour quelque autre fin.

Il faut se demander sur quoi s’appuient les intimés pour prétendre qu’il y a eu fiducie au sens du droit privé. En réponse à une ordonnance de la Division de première instance leur demandant de fournir des détails sur la fiducie [TRADUCTION] «en vertu de laquelle il est prétendu que la bande Musqueam a cédé l’immeuble décrit au paragraphe 5» de la déclaration modifiée, les intimés ont donné les précisions suivantes:

[TRADUCTION] La fiducie a été constituée vers le 6 octobre 1957 par acte de cession transportant 162 acres d’un terrain de la réserve de la bande indienne Musqueam à Sa Majesté la Reine du chef du Canada, en fiducie, au profit de la bande indienne Musqueam. Les conditions verbales de cette fiducie prévoyaient la cession à Sa Majesté la Reine de terrains qui devaient être loués au club Shaughnessy Heights comme terrain de golf, selon certaines conditions devant être incorporées dans un bail conclu entre Sa Majesté la Reine Elizabeth II et le club Shaughnessy Heights.

Devant notre juridiction, les intimés ont soutenu qu’outre la fiducie constituée par la cession, les dispositions de la *Loi sur les Indiens* imposaient à l’époque une fiducie relative à l’administration et à l’aliénation des biens-fonds de la réserve. Pour plus de commodité, nous parlerons de «fiducie légale» pour désigner cette prétendue fiducie malgré la connotation technique qu’a cette expression dans le droit des fiducies. Cette fiducie légale constituerait nécessairement le fondement des prétendus manquements à une fiducie qui se seraient produits avant la cession. Si j’ai bien compris les avocats, la notion de fiducie légale n’a pas été débattue en Division de première instance; en tout cas le premier juge n’en fait pas mention. L’avocat de l’appelante s’est opposé à ce que les intimés fassent appel à la notion de fiducie légale, en tout premier lieu, parce qu’elle n’avait pas été articulée dans les

particulars of the alleged trust furnished by the respondents. I am of the opinion that the pleadings are broad enough to permit the assertion of a statutory trust. The respondents were ordered to furnish particulars of the terms of the trust upon which it was alleged that the land was *surrendered*, and this they did, with reference to the surrender. That did not in my opinion prevent them from arguing that there was a statutory trust with respect to the management of the reserve throughout the relevant period, particularly in view of the scope of the alleged breaches of trust in paragraph 11 of the amended statement of claim. In view of the general importance of the issue, I am of the opinion that the Court should entertain this argument although it was apparently not advanced in the Trial Division. The appellant is not caused any prejudice because it is a pure question of law that does not depend upon any facts that have not been pleaded or established by the evidence.

The contention that there was a statutory trust is based primarily on the terms of subsections 18(1) and 61(1) of the *Indian Act* (R.S.C. 1952, c. 149, as amended by S.C. 1952-53, c. 41; S.C. 1956, c. 40; and S.C. 1958, c. 19), as it was during the relevant period. These provisions, which are in virtually the same terms as the present subsections 18(1) and 61(1) of the Act (R.S.C. 1970, c. I-6), are as follows:

18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be 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.

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.

The appellant's first contention on the issue of liability was that neither the provisions of the *Indian Act* nor the surrender created a true trust in the sense of an equitable obligation enforceable in the courts, but provided at most for a governmental obligation or function which the appellant characterized as a "political trust". In so far as the

actes de procédure et, ensuite parce qu'elle avait été expressément exclue par les détails fournis par les intimés sur la fiducie. Je suis d'avis que les écritures sont assez larges pour leur permettre d'invoquer la fiducie légale. Il a été ordonné aux intimés de fournir des détails sur les conditions de la fiducie relative à la *cession* du bien-fonds, et c'est ce qu'ils ont fait. Cela, à mon avis, ne les empêchait pas de soutenir qu'à l'époque en cause il existait une fiducie légale relative à l'administration de la réserve, si on tient compte notamment de l'étendue des manquements allégués au paragraphe 11 de la déclaration révisée. Vu l'importance générale de la question, j'estime que la Cour devrait examiner ce moyen même si apparemment il n'a pas été débattu en première instance. L'appellante n'en subira aucun préjudice puisqu'il s'agit d'une question de droit pur ne dépendant pas de faits qu'il aurait fallu articuler ou établir dans les preuves administrées.

L'existence de cette fiducie légale serait fondée en premier lieu sur le texte des paragraphes 18(1) et 61(1) de la *Loi sur les Indiens* (S.R.C. 1952, chap. 149, modifié par S.C. 1952-53, chap. 41; S.C. 1956, chap. 40; et S.C. 1958, chap. 19), en vigueur à l'époque considérée. Ces dispositions sont pratiquement identiques aux articles 18(1) et 61(1) de la Loi actuelle (S.R.C. 1970, chap. I-6):

18. (1) Sauf les 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; et, sauf la présente loi et les 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.

61. (1) Les deniers des Indiens ne doivent être dépensés qu'au bénéfice des Indiens ou des bandes à l'usage et au profit communs desquels ils sont reçus ou détenus, et, sous réserve de la présente loi et des termes de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si les fins auxquelles les deniers des Indiens se trouvent employés, ou doivent l'être, sont à l'usage et au profit de la bande.

Le premier moyen de l'appellante sur la question de la responsabilité consiste à dire que ni les dispositions de la *Loi sur les Indiens* ni l'acte de cession n'ont constitué un *trust* ou fiducie véritable au sens d'obligation d'*equity* sanctionnée par les tribunaux, n'ayant créé au mieux qu'une obligation ou fonction gouvernementale qualifiée par

surrender is concerned, the appellant also argued that the alleged terms of trust were not those found by the Trial Judge but those contained in the surrender document, and that the Indian title or interest in reserve land was not property and could not, therefore, be the subject of a trust.

It is now well established, and was conceded by counsel for the appellant, that there is nothing in principle to prevent the Crown from acting as a trustee. In *Rustomjee v. The Queen* (1876), 2 Q.B.D. 69 (C.A.), Lord Coleridge C.J., delivering the unanimous judgment of the Court of Appeal, said at page 74: "We do not say that under no circumstances can the Crown be a trustee . . ." In *Civilian War Claimants Association, Limited v. The King*, [1932] A.C. 14 [H.L.] at page 27, Lord Atkin said: "There is nothing, so far as I know, to prevent the Crown acting as agent or trustee if it chooses deliberately to do so." This dictum was cited as expressing the law in *Miller v. The King*, [1950] S.C.R. 168 at page 175, and in *Tito and others v. Waddell and others* (No 2), [1977] 3 All ER 129 [Ch.D.] at page 217.

A distinction has been drawn, where the Crown or a servant of the Crown is involved in governmental functions, between a "true trust", or equitable obligation enforceable in a court, and a governmental obligation or function that does not amount to a true trust. The distinction, although expressed in somewhat different terms, finds its most authoritative recognition in the judgment of the House of Lords in *Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619. In that case the Crown made a "grant" of war booty by Royal Warrant to the Secretary of State for India in Council for the time being "in trust for" the officers and men of military forces to be distributed by the Secretary of State, or a person appointed by him, according to certain scales and proportions. The Royal Warrant further provided that in the case of any doubt concerning the distribution of the booty or the proceeds thereof, or concerning any claim thereon, the issue should be determined by the Secretary of State, or

l'appelante de [TRADUCTION] «fiducie politique». Pour ce qui est de la cession, l'appelante soutient aussi que les conditions de la fiducie n'étaient pas celles qui avaient été constatées par le premier juge mais celles qui étaient contenues dans l'acte de cession lui-même et qu'en outre, le titre ou droit indien grevant les terres réservées n'était pas un droit de propriété et ne pouvait donc pas faire l'objet d'une fiducie.

Il est maintenant bien établi, comme le reconnaît l'avocat de l'appelante, que rien en principe n'interdit à la Couronne d'agir comme fiduciaire. Dans l'arrêt *Rustomjee v. The Queen* (1876), 2 Q.B.D. 69 (C.A.), le juge en chef lord Coleridge, auteur de l'arrêt unanime de la Cour d'appel, dit à la page 74: [TRADUCTION] «Nous n'affirmons pas qu'en aucun cas la Couronne ne saurait être fiduciaire . . . » Dans l'arrêt *Civilian War Claimants Association, Limited v. The King*, [1932] A.C. 14 [H.L.], à la page 27, lord Atkin dit: [TRADUCTION] «Il n'y a rien, que je sache, qui interdise à la Couronne d'agir comme mandataire ou fiduciaire si elle choisit délibérément de le faire.» Ce dictum a été reconnu comme l'énoncé du droit dans l'arrêt *Miller v. The King*, [1950] R.C.S. 168, à la page 175, et dans l'arrêt *Tito and others v. Waddell and others* (No 2), [1977] 3 All ER 129 [Ch.D.], à la page 217.

On a fait une distinction, dans le cas où la Couronne ou un préposé de la Couronne exerce des fonctions gouvernementales, entre une fiducie au sens strict (*true trust*), donc une obligation d'*equity* que sanctionnent les tribunaux, et une obligation ou fonction gouvernementale qui n'équivaut pas à une fiducie véritable. La distinction, quoique exprimée en des termes un peu différents, a été reconnue par la plus haute autorité, dans un arrêt de la Chambre des lords, *Kinloch v. The Secretary of State for India in Council* (1882), 7 App. Cas. 619. Dans cette affaire, la Couronne par mandat royal avait [TRADUCTION] «concédé» un butin de guerre au Secrétaire d'État en conseil pour l'Inde «en fiducie» pour les hommes et officiers des forces armées, à charge pour le Secrétaire d'État, ou son délégué, de le distribuer selon certaines échelles et proportions. Le mandat royal disposait en outre cas de doute au sujet du partage du butin ou de son produit, ou au sujet de toute prétention à celui-ci, il appartenait au Secr-

a person appointed by him, and such determination should be final and conclusive unless within three months Her Majesty should otherwise order. The House of Lords held that the Royal Warrant had not created a trust enforceable in the courts.

Distinguishing between a trust "in the lower sense", which has since been referred to as a "true trust", and a trust "in the higher sense", which has since been referred to as a "governmental obligation", Lord Selborne L.C. said at pages 625-626:

Now the words "in trust for" are quite consistent with, and indeed are the proper manner of expressing, every species of trust—a trust not only as regards those matters which are the proper subjects for an equitable jurisdiction to administer, but as respects higher matters, such as might take place between the Crown and public officers discharging, under the directions of the Crown, duties or functions belonging to the prerogative and to the authority of the Crown. In the lower sense they are matters within the jurisdiction of, and to be administered by, the ordinary Courts of Equity; in the higher sense they are not. What their sense is here, is the question to be determined, looking at the whole instrument and at its nature and effect.

Lord O'Hagan said at page 630:

There is no magic in the word "trust." In various circumstances, it may represent many things, and the Secretary of State to whom a delegation was made for special and specified purposes, might well be described as a "trustee" for the Crown, as, for the Crown, he was required to take on himself the distribution of the property in question. But he was not constituted a "trustee" for a cestui que trust entitled, according to the rules of Equity, to ask for the administration of a fund.

The features of the Royal Warrant that were emphasized by the House of Lords as indicating that there was not an intention to create a trust in the private law sense may be summarized as follows: (1) the description of the officer to whom the "grant" was made as "the Secretary of State for India in Council for the time being" suggested that it was not intended to impose a fiduciary duty upon a particular person; (2) the provision that questions of doubt were to be settled by the Secretary of State, or a person appointed by him, and that his determination should be final and conclusive unless within three months Her Majesty should otherwise order, indicated an intention to exclude the jurisdiction of the courts; and (3) there had not been a transfer of anything to the Secretary of State, who was merely an agent of the

taire d'État ou à son représentant de trancher et que leur décision serait définitive et obligatoire, à moins que dans les trois mois Sa Majesté n'en décide autrement. La Chambre des lords jugea que le mandat royal n'avait pas créé de fiducie que pouvaient sanctionner les tribunaux.

Faisant une distinction entre une fiducie «au sens strict» appelée depuis «vraie fiducie» et fiducie «au sens large» ou «obligation gouvernementale», le lord Chancelier Selborne dit aux pages 625 et 626:

[TRADUCTION] Les termes *«in trust for»* [«en fiducie»], conviennent à toutes sortes de fiducies (*trust*), et constituent même la meilleure façon de les décrire—non seulement les fiducies sur des domaines dont peut connaître une juridiction d'*equity* mais aussi celles qui concernent des affaires d'une importance plus grande, comme la relation qu'il peut y avoir entre la Couronne et certains officiers publics exerçant, sous l'égide de la Couronne, des fonctions relevant de la prerogative et de l'autorité de la Couronne. Au sens strict de ces termes, ces questions sont du ressort et de la compétence des juridictions d'*equity* de droit commun; au sens large, elles ne le sont pas. Il faut déterminer dans quel sens ils sont employés en l'espèce, en examinant l'ensemble de l'acte, sa nature et de son effet.

Lord O'Hagan dit, à la page 630:

[TRADUCTION] Il n'y a rien de magique dans le terme *«trust»* [«fiducie»]. Selon les circonstances, il peut avoir divers sens et le Secrétaire d'État à qui une délégation a été faite pour des fins spéciales expresses peut fort bien être désigné comme «fiduciaire» de la Couronne puisque, pour la Couronne, il lui est demandé de procéder lui-même au partage des biens en question. Mais il n'a pas été constitué «fiduciaire» [trustee] pour quelque bénéficiaire (*cestui que trust*) autorisé, en vertu des règles de l'*equity*, à exiger la bonne administration d'un fonds.

Selon la Chambre des lords, le mandat royal comportait des caractéristiques particulières qui indiquaient l'absence d'intention de constituer une fiducie au sens du droit privé. On peut les résumer comme suit: (1) la désignation de l'officier à qui la [TRADUCTION] «concession» était faite, [TRADUCTION] «l'actuel Secrétaire d'État en conseil pour l'Inde», laissait entendre qu'on ne désirait pas imposer une obligation de fiduciaire à tel individu en particulier; (2) la stipulation selon laquelle il appartenait au Secrétaire d'État, ou à son représentant, de trancher les questions litigieuses, sa décision étant définitive et obligatoire, à moins que dans les trois mois Sa Majesté n'en décide autrement, indiquait l'intention d'exclure la compétence des tribunaux; (3) aucun bien n'avait été cédé au Secrétaire d'État, qui n'était que le mandataire de

Crown for the distribution of the booty, which was in the possession of the Crown.

The *Kinloch* case was applied by the Supreme Court of Canada in *The Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 S.C.R. 1. There a majority of the Court held that under legislation which conferred a discretionary authority on the Lieutenant-Governor in Council of Quebec to grant a subsidy for the construction of a railway, what had been done pursuant to the legislation had not created a liability enforceable by petition of right against the Crown. Dealing with the question whether the legislation had imposed a trust, Strong C.J. said at page 15:

There remains the ground of trust. Can it be said that the Crown is by the statute made a trustee or quasi trustee of this money to hold it until the railway should be completed and then pay it over to the company? Several cases have been before the English courts where moneys have come into the hands of the Crown for the purpose of being distributed amongst a certain class of persons. Such were the cases of *Kinloch v. The Queen*, and *Rustomjee v. The Queen*, in both of which it was determined that money so held by the Crown could not be considered as subject to a trust enforceable by means of a petition of right. I see no reason why the principle of these cases should not apply here. If no enforceable [*sic*] trust is to be considered as imposed when money to be applied to a particular designated purpose is placed in the hands of the Crown under treaty or otherwise than by act of parliament, why should the conclusion be different where the money is granted by the legislature and its application is prescribed in such a way as to confer a discretion upon the Crown? No reason can be suggested for such a difference. [Footnotes omitted.]

In *Tito v. Waddell*, *supra*, it was contended that an agreement (referred to as the "1913 agreement") and two ordinances of 1928 and 1937 respecting the mining of phosphate on Ocean Island in the Western Pacific had created a fiduciary relationship between the Crown and the Banabans, the former inhabitants of the island, in respect of the payment of compensation and royalty. The action was for breach of the alleged fiduciary duty by a conflict of duty and interest in two transactions referred to as the "1931 transaction" and the "1947 transaction". It was held in the Chancery Division by Megarry V-C, with particular reliance on the distinction affirmed in *Kinloch*, that the agreement and ordinances did not create a true trust and did not impose any other fiduciary duty. He said at pages 216-217:

la Couronne chargé du partage d'un butin qui était en la possession de la Couronne.

La Cour suprême du Canada, dans son arrêt *a The Hereford Railway Co. v. The Queen* (1894), 24 R.C.S. 1, a appliqué l'arrêt *Kinloch*. La Cour, à la majorité, a jugé que ce qui avait été fait en vertu d'une législation attribuant un pouvoir discrétionnaire au lieutenant-gouverneur en conseil du Québec d'accorder une subvention pour la construction d'un chemin de fer, n'avait pas eu pour effet d'imposer une responsabilité sanctionnée par la pétition de droit formée contre la Couronne. Sur la question de la création d'une fiducie par la législation, le juge en chef Strong dit à la page 15:

[TRADUCTION] Reste la question de la fiducie. Peut-on dire que la loi constitue la Couronne fiduciaire ou quasi fiduciaire de cet argent dont elle a la garde jusqu'à ce que le chemin de fer soit terminé, et qu'elle devra alors remettre à la compagnie? Les tribunaux anglais ont eu à connaître de plusieurs affaires où la Couronne était en possession de sommes d'argent destinées à être partagées entre certaines catégories de personnes. Ainsi dans les arrêts *Kinloch v. The Queen* et *Rustomjee v. The Queen*, il a été jugé que les sommes détenues par la Couronne ne pouvaient faire l'objet d'une fiducie sanctionnée par pétition de droit. Je ne vois aucune raison de ne pas appliquer cette jurisprudence. S'il n'a pas été créé de fiducie qui puisse être sanctionnée lorsque des sommes d'argent destinées à une fin particulière ont été confiées à la Couronne par traité ou autrement que par voie législative, pourquoi le résultat serait-il différent lorsque c'est le législateur qui concède l'argent à des fins définies de telle manière qu'elles confèrent un pouvoir discrétionnaire à la Couronne? Rien n'autorise une telle distinction. [Notes en bas de page omises.]

Dans l'arrêt *Tito v. Waddell* précité, on a soutenu qu'une convention (appelée la [TRADUCTION] «convention de 1913») ainsi que deux ordonnances de 1928 et de 1937, relatives à l'exploitation des gisements de phosphate de l'île Océan, dans le Pacifique occidental, avaient opéré création d'une fiducie entre la Couronne et les Banabans, les anciens habitants de l'Île, relativement au paiement d'une indemnité et de redevances. L'action se fondait sur le manquement à une obligation de fiduciaire par suite d'un conflit d'intérêts entre deux «arrangements», celui de 1931 et celui de 1947. Le vice-chancelier Megarry, en Division de la Chancellerie, se référant tout particulièrement à la distinction consacrée dans l'arrêt *Kinloch*, jugea que la convention et les ordonnances ne créaient pas de fiducie au sens étroit, ni n'imposaient quelque autre obligation de fiduciaire. Il dit, aux pages 216 et 217:

... I must also consider what is meant by 'trust'. The word is in common use in the English language, and whatever may be the position in this court, it must be recognised that the word is often used in a sense different from that of an equitable obligation enforceable as such by the courts. Many a man may be in a position of trust without being a trustee in the equitable sense At the same time, it can hardly be disputed that a trust may be created without using the word 'trust'. In every case one has to look to see whether in the circumstances of the case, and on the true construction of what was said and written, a sufficient intention to create a true trust has been manifested.

When it is alleged that the Crown is a trustee, an element which is of special importance consists of the governmental powers and obligations of the Crown; for these readily provide an explanation which is an alternative to a trust. If money or other property is vested in the Crown and is used for the benefit of others, one explanation can be that the Crown holds on a true trust for those others. Another explanation can be that, without holding the property on a true trust, the Crown is nevertheless administering that property in the exercise of the Crown's governmental functions. This latter possible explanation, which does not exist in the case of an ordinary individual, makes it necessary to scrutinise with greater care the words and circumstances which are alleged to impose a trust.

After a detailed analysis of the decision in *Kinloch*, Megarry V-C made certain observations concerning the principles or considerations to be drawn from it, which I quote in part from pages 220 and 221:

First, the use of a phrase such as 'in trust for', even in a formal document such as a Royal Warrant, does not necessarily create a trust enforceable by the courts Second, the term 'trust' is one which may properly be used to describe not only relationships which are enforceable by the courts in their equitable jurisdiction, but also other relationships such as the discharge, under the direction of the Crown, of the duties or functions belonging to the prerogative and the authority of the Crown The third is that it seems clear that the determination whether an instrument has created a true trust or a trust in the higher sense is a matter of construction, looking at the whole of the instrument in question, its nature and effect, and, I think, its context. Fourth, a material factor may be the form of the description given by the instrument to the person alleged to be the trustee. An impersonal description of him, in the form of a reference not to an individual but to the holder of a particular office for the time being, may give some indication that what is intended is not a true trust, but a trust in the higher sense.

It is difficult to sum up the particular reasons which led Megarry V-C, in application of the distinction recognized in *Kinloch*, to conclude that the 1913 agreement and the ordinances of 1928 and 1937 did not create a true trust or other

[TRADUCTION] . . . je dois aussi considérer ce que l'on entend par «trust» [«fiducie»]. Le terme est d'usage courant en anglais et, quelle que puisse être la position de la cour, on doit reconnaître qu'il est souvent utilisé dans un sens différent de celui d'une obligation d'*equity* que sanctionnent les tribunaux.

- a Il peut fort bien arriver souvent qu'on soit dans une position de confiance [trust] sans être fiduciaire [trustee] au sens de l'*equity* . . . Néanmoins, on peut difficilement nier qu'une fiducie [trust] puisse être créée sans que l'on ait employé le terme lui-même. Il faut à chaque fois s'assurer que dans les faits de l'espèce, selon la bonne interprétation de ce qui a été dit
- b et écrit, une intention suffisante de créer une véritable fiducie s'est manifestée.

Lorsqu'on prétend que la Couronne agit comme fiduciaire, les pouvoirs gouvernementaux et les obligations de la Couronne sont un élément d'importance spéciale dont il faut tenir compte; ceux-ci fournissent aussitôt une autre explication que la fiducie.

- c Si de l'argent ou quelque autre bien est dévolu à la Couronne puis est utilisé pour le bénéfice d'un tiers, une explication plausible est que la Couronne est véritablement fiduciaire pour ce tiers. Mais il y a une autre explication; sans avoir la fiducie véritable de ces biens, la Couronne peut néanmoins administrer les biens dans l'exercice de ses fonctions gouvernementales.
- d Cette dernière explication fort possible, qui n'existe pas dans le cas d'un individu ordinaire, rend nécessaire d'examiner avec un plus grand soin les termes et les circonstances qui auraient généré la fiducie [le trust].

- e Après une analyse détaillée de l'arrêt *Kinloch*, le vice-chancelier Megarry fait certaines observations au sujet des principes et considérations qui s'en dégagent; je reproduis ici en partie ses commentaires, extraits des pages 220 et 221:

- f [TRADUCTION] D'abord, l'emploi d'un membre de phrase comme «en fiducie pour» [«in trust for»] même dans un acte officiel, tel un mandat royal, ne crée pas nécessairement une fiducie [un trust] que sanctionneront les tribunaux . . . En second lieu, le terme «fiducie» [«trusts»] peut servir à décrire non seulement l'institution que sanctionnera la juridiction compétente en *equity* mais aussi d'autres relations comme l'exécution, sous les directives de la Couronne, des devoirs ou fonctions attribuables à la prérogative et à l'autorité de la Couronne . . . En troisième lieu, il paraît évident que la question de savoir si un acte donné a créé une vraie fiducie [true trust] ou une fiducie au sens large relève de l'appréciation, car il convient
- g d'étudier l'ensemble de l'acte en question ainsi que sa nature et ses effets. Quatrièmement, un des facteurs pertinents pourrait être la description dans l'acte lui-même de la personne que l'on dit être le fiduciaire. Une description impersonnelle mentionnant non pas le nom d'une personne, mais désignant l'intéressé comme le titulaire actuel d'un poste donné, peut en effet
- i indiquer que l'intention était de créer une fiducie au sens large et non pas une véritable fiducie.

- Il est difficile d'exposer brièvement les motifs particuliers qui ont conduit le vice-chancelier Megarry, dans son application de la distinction admise dans l'arrêt *Kinloch*, à conclure que la convention de 1913 et les ordonnances de 1928 et

fiduciary relationship between the Crown and the Banabans. The facts are rather complex and are dealt with in great detail in the judgment. Moreover, as in *Kinloch*, they are quite different from the facts of the present case. But I would venture to suggest that the following appear to be among the more important considerations which influenced the conclusion: (1) although the 1913 agreement between the company mining the phosphate and the Banabans was negotiated by the Colonial Office, was signed in the presence of the Resident Commissioner, and provided for payments to be made to the government for the benefit of the Banabans, the Crown was not a party to the agreement; (2) because of the lack of a clear relationship between some of the money payable and the land involved there would be difficulty, in the case of a true trust, in ascertaining the beneficiaries and the amount of their beneficial interest in the "Banaban Fund"; (3) the provision that the moneys payable were to be devoted to the general benefit of the Banabans was more expressive of a governmental obligation than a true trust; (4) the 1928 Ordinance, which provided that the royalty and other compensation was to be paid to the Resident Commissioner "in trust" for those entitled to it, contained the proviso, [set forth at page 176] "subject to such directions as the Secretary of State for the Colonies may from time to time give"—words that seemed "out of place in a true trust"; (5) a colonial ordinance was not the place where one would expect a trust to be imposed on the Crown in right of the United Kingdom; (6) the 1937 Ordinance, which did not contain the words "in trust", offered even less reason than the 1913 agreement and the 1928 Ordinance for concluding that it created a true trust.

In considering the 1913 agreement, Megarry V-C said at page 226: "I must also remember Lord Atkin's words in the *Civilian War Claimants'* case, and consider whether there is anything to show that in this case the Crown deliberately chose to act as a trustee. [Footnote omitted.]" At the same place he spoke of the lack of evidence of an "unequivocal intention" that the royalty should be held on "a true trust, enforceable in the courts, and not merely under a governmental obligation, or trust in the higher sense." I conclude from his

de 1937 n'opéraient pas constitution d'une fiducie au sens strict, ou d'une relation fiduciaire quelconque entre la Couronne et les Banabans. Les faits sont complexes et l'arrêt les relate en détail. De plus, comme dans l'arrêt *Kinloch*, ils sont fort différents de ceux de l'espèce présente. Mais j'irais jusqu'à dire que les considérations suivantes paraissent être celles qui soutiennent sa conclusion: (1) quoique la convention de 1913 entre la compagnie exploitant les gisements de phosphate et les Banabans ait été négociée par le Colonial Office, ait été signée en présence du commissaire résident et ait prévu que les paiements au profit des Banabans seraient faits au gouvernement, la Couronne n'était pas partie à la convention; (2) vu l'absence de lien manifeste entre certaines sommes payables et les terres en cause, il serait difficile, dans le cas d'une fiducie au sens strict, de déterminer avec précision les bénéficiaires et le montant de leur participation dans le «Fonds Banaban»; (3) la stipulation portant que les sommes versées le seraient pour le bénéfice des Banabans en général décrivait mieux une obligation gouvernementale qu'une fiducie au sens strict; (4) l'ordonnance de 1928, qui portait que la redevance et l'indemnisation seraient payées au commissaire résident, «en fiducie», au bénéfice de ceux qui y avaient droit, comportait la disposition suivante [à la page 176]: [TRADUCTION] «sous réserve des directives que le Secrétaire d'État aux Colonies pourra donner»—termes qui semblaient [TRADUCTION] «ne pas avoir leur place dans une fiducie au sens strict»; (5) on ne s'attend pas à trouver dans une ordonnance coloniale l'imposition d'une fiducie à la Couronne du Royaume-Uni; (6) l'ordonnance de 1937, qui ne comportait pas la mention «en fiducie», autorisait encore moins que la convention de 1913 et l'ordonnance de 1928 la conclusion qu'elle opérait création d'une fiducie au sens strict.

Lors de son examen de la convention de 1913, le vice-chancelier Megarry dit à la page 226: [TRADUCTION] «Je dois aussi me souvenir de ce que disait lord Atkin dans l'affaire *Civilian War Claimants* et me demander si quelque chose indique qu'en l'espèce, la Couronne a délibérément choisi d'agir comme fiduciaire. [Note en bas de page omise.]» En même temps, il mentionne le manque de preuve de l'«intention non équivoque» de conserver la redevance [TRADUCTION] «en fiducie au sens strict, sanctionnée par les tribu-

reasons, viewed as a whole, that there must be clear evidence of an intention to make the Crown a trustee.

This requirement was referred to by the House of Lords in *Town Investments Ltd. and Others v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 [H.L.], where the issue was whether premises occupied under leases entered into by a minister of the Crown were occupied by the Crown or by the minister in trust for the Crown. It was argued that former use of the words "in trust" with reference to conveyances of land for the use of a government department showed that "whenever an interest in land to be used for government purposes is conveyed to an officer of state in his official capacity, the interest so conveyed becomes subject to all the incidents of a trust in private law; the legal estate is vested in the officer of state who executes the conveyance; only an equitable interest is vested in the Crown and the relationship between him and the Crown is subject to the equitable jurisdiction of the courts" [summary by Lord Diplock at page 382]. Speaking of the use of the words "in trust" in a public law context and referring to the distinction affirmed in *Kinloch*, Lord Diplock said at page 382:

My Lords, I would not exclude the possibility that an officer of state, even though acting in his official capacity, may in some circumstances hold property subject to a trust in private law for the benefit of a subject; but clear words would be required to do this and, even where the person to be benefited is a subject, the use of the expression "in trust" to describe the capacity in which the property is granted to an officer of state is not conclusive that a trust in private law was intended; for "trust" is not a term of art in public law and when used in relation to matters which lie within the field of public law the words "in trust" may do no more than indicate the existence of a duty owed to the Crown by the officer of state, as servant of the Crown, to deal with the property for the benefit of the subject for whom it is expressed to be held in trust, such duty being enforceable administratively by disciplinary sanctions and not otherwise: *Kinloch v. Secretary of State for India* (1882) 7 App.Cas. 619, per Lord Selborne L.C., at pp. 625-626. But even if the legal relationship of trustee and cestui qui [sic] trust under a trust in private law is capable of existing between an officer of state in his official capacity and a subject, the concept of such relationship being capable of existing between him as trustee and the Crown as cestui qui trust is in my view wholly irreconcilable with the legal nature in public law of the relationship between the Crown and its servants or, in more modern parlance, the government and the ministers who form part of it.

naux, et non, tout simplement en vertu d'une obligation gouvernementale ou fiduciaire au sens large». Je déduis de toutes ces raisons qu'il doit y avoir preuve manifeste de l'intention de constituer
a la Couronne fiduciaire.

Cette exigence, la Chambre des lords s'y réfère dans l'affaire *Town Investments Ltd. and Others v. Department of the Environment*, [1978] A.C. 359 [H.L.], où il fallait déterminer si les lieux occupés en vertu de baux contractés par un ministre de la Couronne, l'étaient par la Couronne ou par le ministre, constitué fiduciaire de la Couronne. On soutenait que l'ancien usage des termes «en fiducie» dans les cessions d'immeubles à l'usage d'un ministère, indiquait que [TRADUCTION] «toute cession de droit réel à des fins gouvernementales par un agent de l'État, à titre officiel, était assujettie aux restrictions d'une fiducie de droit privé. Le bien, en *common law*, est dévolu à l'agent de l'État qui a conclu la cession; la Couronne n'est propriétaire qu'en *equity* et le lien qui existe entre l'agent et la Couronne relève de la compétence d'*equity* des tribunaux» [sommaire par lord Diplock à la page 382]. Parlant de l'emploi des termes «en fiducie» dans un contexte de droit public et de la distinction consacrée par l'arrêt *Kinloch*, lord Diplock dit à la page 382:

[TRADUCTION] Milords, je n'exclus pas qu'un agent de l'État, agissant à titre officiel, puisse, dans certaines circonstances, devenir propriétaire de biens grevés d'une fiducie au sens du droit privé pour le profit d'un sujet; mais il faut que cela soit exprimé en termes clairs et même lorsque le bénéficiaire est un sujet, l'emploi de l'expression «en fiducie», pour décrire la qualité en laquelle le bien est donné à l'agent de l'État, n'implique pas nécessairement l'intention de créer une fiducie de droit privé. En effet, le terme «fiducie» [«trust»] n'a pas de sens technique en droit public et son emploi dans un contexte de droit public peut signifier simplement l'obligation de l'agent de l'État envers la Couronne, en tant que préposé de la Couronne, d'administrer pour le profit du sujet le bien que l'on dit confié en fiducie, cette obligation étant sanctionnée par des peines administratives et disciplinaires: *Kinloch v. Secretary of State for India* (1882), 7 App.Cas. 619, lord Selborne, lord Chancelier, aux pp. 625 et 626. Même si la relation juridique fiduciaire-bénéficiaire [trustee-cestui que trust] de la fiducie [trust] du droit privé peut exister entre un agent de l'État, agissant à titre officiel et le sujet, il est impossible, à mon avis, qu'une telle relation existe entre lui, considéré fiduciaire [trustee], et la Couronne, considérée bénéficiaire [cestui que trust] parce que cette situation serait totalement inconciliable avec la nature juridique du rapport de droit public existant entre la Couronne et ses préposés ou, en termes plus modernes, entre le gouvernement et les ministres qui le composent.

Lord Simon of Glaisdale said at page 397:

In public law even a phrase like "in trust for" may not betoken at all the relationship of trustee and cestui que trust, but rather the imposition of a constitutional duty the sanction for which is political or administrative not legal (cf. Lord Selborne L.C. in *Kinloch v. Secretary of State for India*, 7 App.Cas. 619, 625, 626).

Before considering the application to section 18 of the *Indian Act* and to the surrender of the distinction between true trust, or equitable obligation enforceable in a court, and a trust "in the higher sense", or a governmental obligation, I propose to deal with two contentions respecting the trust allegedly created by the surrender which occupied a good deal of the argument in this Court and to which I have already referred—first, that the terms of the trust with respect to the leasing of the land were not the oral terms found by the Trial Judge but the written terms contained in the surrender document; and second, that the Indian title or interest in the reserve land that was surrendered was not property and could not, therefore, be the subject of a trust.

As already indicated, the Trial Judge found, as alleged by the respondents in their particulars, that a trust was created by the surrender of October 6, 1957 and that its terms were oral. He said [at page 415], "I have concluded there was, in the case before me, a legal or 'true trust', created between the defendant and the Band. The Crown, in my view, became trustee, effective October 6, 1957, of the 162 acres. The Band was the beneficiary." I quote again for convenience the oral terms of trust respecting the leasing of the land which were found by the Trial Judge [at pages 417-418] on the basis of what the members of the Band assumed or understood at the time of the surrender:

In my view, the surrender of October 6, 1957, imposed on the defendant, as trustee, a duty as of that date, to lease to Shaughnessy Golf Club on these conditions:

- (a) A total term of 75 years.
- (b) The rental revenue for the first 15 years to be \$29,000.
- (c) the remaining 60 years of the lease to be divided into six 10-year terms.
- (d) Future rental increase to be negotiated for each new term; no provisions regarding arbitration or the manner in which the land would be valued.

Lord Simon of Glaisdale dit à la page 397:

[TRADUCTION] En droit public, même une expression comme «en fiducie pour» [*in trust for*] peut ne pas créer la relation fiduciaire-bénéficiaire [*trustee-cestui que trust*] mais imposer plutôt une obligation constitutionnelle dont la sanction est politique ou administrative, mais non juridique (cf. lord Selborne, lord Chancelier, dans l'arrêt *Kinloch v. Secretary of State for India*, 7 App.Cas. 619, 625, 626).

Avant d'en venir à l'application à l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*, et à la cession, de la distinction entre une fiducie au sens strict, ou obligation d'*equity* sanctionnée par les tribunaux, et une fiducie «au sens large», ou obligation gouvernementale, je traiterai de deux arguments précités concernant la fiducie prétendument créée par la cession qui ont fait l'objet de longs débats devant la Cour: on a prétendu tout d'abord, que les conditions de la fiducie portant sur le louage n'étaient pas les conditions verbales retenues par le juge de première instance, mais les conditions écrites de l'acte de cession, et ensuite, que le titre ou droit indien sur le terrain cédé n'était pas un droit de propriété et ne pouvait donc pas être confié en fiducie.

Comme je l'ai déjà dit, le juge du fond a constaté que, comme l'alléguaient les intimés dans les détails demandés et fournis, la cession du 6 octobre 1957 avait opéré constitution d'une fiducie dont les conditions étaient verbales. Il dit [à la page 415]: «Je juge qu'en l'espèce a existé une fiducie légale ou une "fiducie au sens étroit" ("*true trust*") entre la défenderesse et la bande. La Couronne, à mon avis, est devenue fiduciaire le 6 octobre 1957 des 162 acres. La bande indienne était bénéficiaire.» Je cite de nouveau, pour plus de commodité, les conditions verbales de la fiducie relatives à la location du terrain, et qui ont été retenues par le juge de première instance [aux pages 417 et 418], comme étant les conditions que les membres de la bande indienne avaient comprises ou cru comprendre au moment de la cession:

A mon avis, la cession du 6 octobre 1957 a imposé à la défenderesse, en tant que fiduciaire, l'obligation, à compter de cette date, de louer au club de golf Shaughnessy aux conditions suivantes:

- a) Une durée globale de 75 ans.
- b) Un loyer pour les premiers 15 ans de \$29,000.
- c) La division des 60 années restantes du bail en six périodes de 10 ans.
- d) La renégociation des hausses futures de loyer à chaque reconduction sans clause d'arbitrage ni mode d'évaluation du bien-fonds.

(e) No 15% limitation on rental increases.

(f) All improvements on the land, on the expiration of the lease, to revert to the Crown.

The terms of the surrender document with respect to the leasing of the land are as follows:

... to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people.

AND WE, the said Chief and Councillors of the said Musqueam Band of Indians 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 leasing thereof.

The reasons of the Trial Judge for concluding that the terms of the trust respecting the leasing of the land were not those contained in the surrender document are reflected in the following passages from his reasons for judgment [at pages 416-417] which immediately precede the conclusion quoted above as to the oral terms of the trust:

The next issue is as to the terms of the trust.

The defence argued, if there were a legally enforceable trust, its terms were those set out in the surrender document (Ex. 53); the trust permitted the defendant to lease the 162 acres to anyone, for any purpose, and upon any terms which the government deemed most conducive to the welfare of the Band; there was no obligation to lease to the golf club on the terms discussed at the surrender meeting; nor was there any duty on the defendant to obtain the approval of the Band in respect of the terms of the lease ultimately entered into.

I do not accept that contention.

The defendant, through the persons handling this matter in the Indian Affairs Branch, knew, early on, the defendant was a potential trustee in respect of any land which might be leased to the golf club. At a meeting of April 7, 1957, the Band Council had passed a resolution (drawn presumably by Mr. Anfield) as follows:

That we do approve the leasing of unrequired lands on our Musqueam I.R. 2 and that in connection with the application of the Shaughnessy Golf Club, we do approve the submission to our Musqueam Band of surrender documents for leasing 160 acres approximately as generally outlined on the McGuigan survey in red pencil: and further that we approve the entry by the said applicant for survey purposes only pertinent to said surrender: said surveys to be at the applicant's cost and risk entirely.

I have said the Crown knew, at that stage, it was a potential trustee. It knew of the intent of the Band to surrender the lands. The resolution, set out above, does not refer to an unqualified surrender for leasing to anyone. The whole implica-

e) Aucun plafond de 15% sur les hausses de loyer.

f) Le retour à la Couronne de toutes les améliorations apportées au bien-fonds à l'arrivée du terme.

Voici les termes employés par l'acte de cession au sujet de la location du bien-fonds:

... pour location à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple.

ET NOUS, lesdits chefs et conseillers de ladite bande indienne Musqueam, au nom de notre peuple et en notre nom propre, par la présente, avalisons et donnons notre agrément, et promettons d'avaliser et de consentir, à tout ce que ledit gouvernement pourra faire, ou verra à faire, licitement, au sujet de ladite location.

Les raisons qui amenèrent le premier juge à conclure que les conditions de la fiducie relatives à la location du terrain n'étaient pas celles que contenait l'acte de cession se reflètent dans les passages suivants des motifs de son jugement [aux pages 416 et 417] qui précèdent immédiatement la conclusion précitée concernant les conditions verbales de la fiducie:

Le deuxième point en litige concerne les conditions de la fiducie.

La défense soutient, s'il y a fiducie légale exécutoire, que ses conditions sont celles que stipule l'acte de cession (pièce 53); la fiducie autoriserait la défenderesse à louer les 162 acres à n'importe qui, pour quelque fin que ce soit et aux conditions que le gouvernement juge les plus favorables au bien-être de la bande indienne. Il n'y aurait aucune obligation de louer au club de golf aux conditions discutées lors de l'assemblée de la cession; la défenderesse n'aurait non plus aucune obligation d'obtenir l'approbation de la bande au sujet des conditions du bail finalement conclu.

Je ne reconnais pas fondé cet argument.

La défenderesse, par le biais de ceux qui se sont occupés de cette affaire à la Direction des affaires indiennes, savait dès le début qu'elle pourrait se trouver dans une position de fiduciaire pour tout terrain éventuellement loué au club de golf. A son assemblée du 7 avril 1957, le conseil de bande adopta la résolution (rédigée présumément par M. Anfield) que voici:

[TRADUCTION] Que nous approuvons la location des terrains non requis de notre réserve indienne n° 2 Musqueam et, au sujet de la demande du club de golf Shaughnessy, que nous approuvons la soumission à notre bande indienne Musqueam d'actes de cession pour la location de 160 acres environ telles que délimitées, grosso modo, par l'arpentage McGuigan au crayon rouge et que, en outre, nous autorisons la présence de ladite requérante, pour fins d'arpentages uniquement, en vue de ladite cession, lesdits arpentages devant être aux frais et risques de la requérante entièrement.

Comme je l'ai dit, la Couronne savait, à ce stade, qu'elle pouvait devenir fiduciaire. Elle savait que la bande avait l'intention de céder les terrains. La résolution précitée ne parle pas d'une cession sans condition pour location à qui l'on voudra.

tion of the resolution is that the contemplated surrender was for purposes of a lease with the golf club on terms.

The Indian Affairs Branch, from then on, did not give, on the evidence before me, any realistic consideration to leasing the 162 acres to any other interested party. From April 7, 1957 on, all discussions with the Band Council were confined to the proposed lease of those particular lands to the golf club.

I conclude from what has been referred to that the Trial Judge held that an express trust had been created by the surrender and that, in effect, the conditions of the surrender with respect to the leasing of the land were the oral terms found by him and not the terms of the surrender document. I do not think, as was suggested by the appellant in argument, that the Trial Judge's conclusion is to be viewed as the imposition of a constructive trust on the appellant. In any event, in view of the principle that the Crown must deliberately choose to act as a trustee, I would strongly doubt that the Crown could be made subject to a constructive trust, even assuming that the situation in the present case was one to which a constructive trust could be applicable.

The appellant made several submissions in support of its contention that the terms of the alleged trust with respect to the leasing of the land created by the surrender were not the oral terms found by the Trial Judge but those contained in the surrender document. The first was that the terms found by the Trial Judge were not approved by the Band and accepted by the Government in the manner and form prescribed by the *Indian Act*. The appellant based this submission on the provisions of the Act governing a surrender. They are in sections 37, 38, 39, 40 and 41 of the Act (R.S.C. 1952, c. 149), as it was during the relevant period [section 39 as am. by S.C. 1956, c. 40, s. 11]. These sections are virtually identical to the same numbered sections in the present version of the Act (R.S.C. 1970, c. I-6) and are as follows:

37. Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or otherwise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. (1) A band may surrender to Her Majesty any right or interest of the band and its members in a reserve.

(2) A surrender may be absolute or qualified, conditional or unconditional.

L'ensemble de la résolution sous-entend que la cession est faite pour location, à certaines conditions, au club de golf.

La Direction des affaires indiennes, à compter de ce moment, n'a pas, d'après la preuve administrée devant moi, examiné réellement la possibilité de louer les 162 acres à quelque autre partie intéressée. A compter du 7 avril 1957, toutes les discussions avec le conseil de bande se rapportent à la location envisagée de ces terrains au club de golf.

J'en conclus que le premier juge a considéré qu'une fiducie expresse avait été créée par la cession et que, en fait, les conditions de la cession relatives au louage de l'immeuble étaient les conditions verbales qu'il avait retenues et non les conditions inscrites dans l'acte de cession. Je ne pense pas que, comme l'a suggéré l'appelante dans sa plaidoirie, le juge du fond, par cette conclusion, impose à l'appelante une fiducie par interprétation. De toute façon, vu le principe selon lequel la Couronne doit expressément choisir d'agir comme fiduciaire, je doute fortement qu'elle puisse être l'objet d'une fiducie par interprétation, même si l'on présume que la situation en l'espèce permettrait l'application de la notion de fiducie par interprétation.

L'appelante fait valoir plusieurs moyens pour affirmer que les conditions de la prétendue fiducie constituée par la cession du terrain à louer n'étaient pas les conditions verbales retenues par le juge du fond, mais celles qui apparaissaient dans l'acte de cession. Elle prétend d'abord que les conditions constatées par le juge du fond n'ont été ni approuvées par la bande ni acceptées par le gouvernement en la manière et en la forme prévues par la *Loi sur les Indiens*. L'appelante fonde cet argument sur les dispositions de la Loi régissant les cessions. Ce sont les articles 37, 38, 39, 40 et 41 de la Loi (S.R.C. 1952, chap. 149) en sa version de l'époque en cause [article 39, mod. par S.C. 1956, chap. 40, art. 11]. Ces articles sont virtuellement identiques aux articles portant les mêmes numéros de la version actuelle de la Loi (S.R.C. 1970, chap. I-6); les voici:

37. Sauf dispositions contraires de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. (1) Une bande peut abandonner à Sa Majesté tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres dans une réserve.

(2) Une cession peut être absolue ou restreinte, conditionnelle ou sans condition.

39. (1) A surrender 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 surrender, or
(iii) by a referendum as provided in the regulations, and

(c) it is accepted by the Governor in Council.

(2) Where a majority of the electors of a band did not vote at a meeting or referendum called pursuant to subsection (1) of this section or pursuant to section 51 of the *Indian Act*, chapter 98 of the Revised Statutes of Canada, 1927, the Minister may, if the proposed surrender was assented to by a majority of the electors who did vote, call another meeting by giving thirty days' notice thereof or another referendum as provided in the regulations.

(3) Where a meeting is called pursuant to subsection (2) and the proposed surrender is assented to at the meeting or referendum by a majority of the electors voting, the surrender shall be deemed, for the purpose of this section, to have been assented to by a majority of the electors of the band.

(4) The Minister may, at the request of the council of the band or whenever he considers it advisable, order that a vote at any meeting under this section shall be by secret ballot.

(5) Every meeting under this section shall be held in the presence of the superintendent or some other officer of the Department designated by the Minister.

40. When a proposed surrender has been assented to by the band in accordance with section 39, it shall be certified on oath by the superintendent or other officer who attended the meeting and by the chief or a member of the council of the band, and shall then be submitted to the Governor in Council for acceptance or refusal.

41. A surrender shall be deemed to confer all rights that are necessary to enable Her Majesty to carry out the terms of the surrender.

From these provisions it is argued that the conditions of a surrender, in order to be valid, must be voted on and approved by a majority of the electors of a band, be certified by the superintendent or other officer who attended the meeting and by the chief or a member of the Council of the Band, and be submitted to and approved by the Governor in Council, all of which presuppose that the conditions will be in written form. I agree with these contentions. These solemn formalities have been prescribed as a matter of public policy for the protection of a band and the proper discharge of the Government's responsibility for the Indians.

39. (1) Une cession est nulle à moins

- a) qu'elle ne soit faite à Sa Majesté,
b) qu'elle ne soit sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande

- (i) à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,
(ii) à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le Ministre en vue d'examiner une proposition de cession, ou

(iii) au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements, et

c) qu'elle ne soit acceptée par le gouverneur en conseil.

(2) Lorsqu'une majorité des électeurs d'une bande n'ont pas voté à une assemblée convoquée, ou à un référendum tenu, selon le paragraphe (1) du présent article ou selon l'article 51 de la *Loi des Indiens*, chapitre 98 des Statuts révisés du Canada, 1927, le Ministre peut, si la cession projetée a reçu l'assentiment de la majorité des électeurs qui ont voté, convoquer une autre assemblée en en donnant un avis de trente jours, ou tenir un autre référendum comme le prévoient les règlements.

(3) Lorsqu'une assemblée est convoquée selon le paragraphe (2) et que la proposition de cession est sanctionnée à l'assemblée ou lors du référendum par la majorité des électeurs votants, la cession est réputée aux fins du présent article, avoir été sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande.

(4) Le Ministre, à la demande du conseil de la bande ou chaque fois qu'il le juge opportun, peut ordonner qu'un vote, à toute assemblée prévue par le présent article, ait lieu au scrutin secret.

(5) Chaque assemblée aux termes du présent article doit être tenue en présence du surintendant ou de quelque autre fonctionnaire du ministère, que désigne le Ministre.

40. Lorsqu'un projet de cession a été sanctionné par la bande conformément à l'article 39, il doit être attesté sous serment par le surintendant ou autre fonctionnaire qui a assisté à l'assemblée et par le chef ou un membre du conseil de la bande et alors être soumis au gouverneur en conseil pour acceptation ou rejet.

41. Une cession est censée conférer tous les droits nécessaires pour permettre à Sa Majesté de remplir les conditions de la cession.

On prétend qu'aux termes de ces dispositions les conditions d'une cession, pour être valides, doivent être votées et approuvées par la majorité des électeurs d'une bande indienne, attestées par le surintendant ou autre fonctionnaire assistant à l'assemblée, et par le chef ou un membre du conseil de bande, puis être soumises et acceptées par le gouverneur en conseil; ces formalités supposent que les conditions ont été mises par écrit. Je souscris à ces arguments. Ces formalités solennelles, d'intérêt public, ont été prévues pour la protection de la bande indienne et pour assurer que le gouvernement s'acquitte de ses responsabilités envers les

They are also important as ensuring certainty as to the effect of a surrender and the validity of a subsequent disposition of surrendered land. It is to be noted that they are the only provisions of the Act excluded from the power of the Governor in Council under subsection 4(2) to declare by proclamation that particular provisions of the Act shall not apply in certain cases. The oral terms found by the Trial Judge were not voted on and approved by a majority of the Band. They were deduced by the Trial Judge from the testimony of three members of the Band and a former official of the Indian Affairs Branch as to what was said at the meetings, and in some cases as to what was not said. The oral terms of the surrender found by the Trial Judge were not accepted by the Governor in Council, as required by the Act. What was accepted by Order in Council P.C. 1957-1606 of December 6, 1957 was the "attached surrender dated the sixth day of October, 1957". It was an unqualified acceptance of the written surrender, with no reference, express or implied, to other terms or conditions.

It was held by the Supreme Court of Canada in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King*, [1950] S.C.R. 211 [affirming the decision of the Exchequer Court of Canada] that the lack of a direction by the Governor in Council, as required by the *Indian Act*, was fatal to the validity of a lease, Rand J. expressing the opinion that because of the importance of the Government's responsibility under the Act it could not be transferred to a departmental official. The Exchequer Court, [1950] Ex.C.R. 185 [at page 195], rejecting an argument based on estoppel, quoted from Lord Davey in *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73 [P.C.], at page 84 that "the province cannot be bound by alleged acts of acquiescence on the part of various officers of the departments which are not brought home to or authorized by the proper executive or administrative organs of the Provincial Government, and are not manifested by any Order in Council or other authentic testimony." But even if conditions of surrender could be validly accepted by a departmental official, the Trial Judge did not make a finding that the oral conditions found by him had been accepted by Anfield

Indiens selon la procédure régulière. Elles permettent aussi de connaître avec certitude l'effet de la cession et assurent la validité de l'aliénation subséquente du bien-fonds cédé. On remarquera que ce sont les seules dispositions de la Loi à être exclues du pouvoir du gouverneur en conseil, prévu au paragraphe 4(2), de déclarer, par proclamation, que certaines dispositions de la Loi ne s'appliqueront pas dans certains cas. Les conditions verbales retenues par le juge de première instance n'ont été ni votées ni approuvées par une majorité de la bande indienne. Elles ont été déduites par le premier juge du témoignage de trois membres de la bande et d'un ancien fonctionnaire de la Direction des affaires indiennes sur ce qui avait été dit aux assemblées et, en certains cas, sur ce qui n'avait pas été dit. Les conditions verbales de la cession constatées par le juge de première instance n'ont pas été acceptées non plus par le gouverneur en conseil comme l'exige la Loi. Ce qui a été accepté par le décret C.P. 1957-1606, du 6 décembre 1957, c'est «l'acte de cession en date du 6 octobre 1957, ci-annexé». Il s'agit donc d'une acceptation inconditionnelle de l'acte de cession écrit, sans référence, expresse ou tacite, à d'autres conditions.

La Cour suprême du Canada, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King*, [1950] R.C.S. 211 [confirmant la décision de la Cour de l'Échiquier], a statué que l'absence de directives du gouverneur en conseil, qu'exige la *Loi sur les Indiens*, était une cause d'invalidité d'un bail, le juge Rand étant d'avis que, compte tenu de l'importance de la responsabilité imposée au gouvernement par la législation, il ne pouvait y avoir délégation à un fonctionnaire du Ministère. La Cour de l'Échiquier, [1950] R.C.É. 185 [à la page 195], rejetant une exception fondée sur l'estoppel, a cité l'arrêt *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73 [P.C.], à la page 84, dans lequel lord Davey disait [TRADUCTION] «la province ne saurait être liée par de prétendus actes d'acquiescement de la part de divers fonctionnaires des ministères quand les organes administratifs ou exécutifs compétents du gouvernement provincial n'en ont pas été informés, quand ils ne les ont pas autorisés et quand ils ne sont pas attestés par un décret ni aucun autre acte authentique». Toutefois, même si les conditions de la cession pouvaient être rendues valides par l'aval d'un fonctionnaire du Ministère, le pre-

or any other official of the Department, and in my opinion such a finding was not open on the evidence. No doubt there was an understanding that the lease would be with the golf club, for a maximum of 75 years, and that the rent for the initial period would be \$29,000 per annum. On the question whether the succeeding periods would be for fifteen years or ten years, the most that can be inferred is that the Band insisted on ten years and the Department favoured ten years and would do its best to obtain ten years. Similarly, on the question of the 15% limitation on rental increase, the most that can be concluded is that the Band was strongly opposed to it and the Department was opposed to it and would do its best to have it removed. The Trial Judge found that the method of determining the rent for the renewal periods (the provision for arbitration and the basis on which the land would be valued) was not discussed at all. As for the improvements, it must be said that Anfield gave the Band to understand on more than one occasion that the improvements would revert to the Band although the golf club's proposal of April 4, 1957 provided otherwise. Moreover, he allowed Howell to make his revised estimate of a fair return for the initial period of the proposed lease on this assumption and used Howell's opinion to persuade the Band to accept \$29,000 per annum as the rent for the initial period. It may be that he sincerely hoped and expected that he would be able to change the provision in the golf club's proposal concerning the improvements. Since he was not alive to testify we do not know. Disturbing as I find this aspect of the case to be, it does not support or justify a general conclusion that Anfield undertook to make a lease on the oral conditions found by the Trial Judge. In so far as it is an implication of the Trial Judge's finding as to the breach of trust that a further condition of the surrender was that if the Department could not make a lease on the oral conditions found by the Trial Judge it would return to the Band for further authorization or instructions, there is the finding of the Trial Judge that the departmental officials probably did not think that they had any such duty.

mier juge n'a pas conclu que les conditions verbales qu'il avait retenues avaient effectivement été acceptées par Anfield ou par un autre fonctionnaire du Ministère et, à mon avis, les preuves administrées ne l'auraient pas autorisé à le faire. Il était entendu que le bail serait conclu avec le club de golf, pour un terme maximum de 75 ans et un loyer initial de 29 000 \$ l'an. Sur la question des reconductions de 15 ou 10 ans, nous pouvons dire seulement que la bande indienne a demandé instamment des reconductions de dix ans, que le Ministère y était également favorable et que ce dernier s'était engagé à s'employer de son mieux à l'obtenir. De même, au sujet de la limitation des hausses de loyer à 15 %, il nous est permis de conclure seulement que la bande indienne y était opposée, de même que le Ministère, et que celui-ci a promis de faire de son mieux pour que la clause soit supprimée. Le premier juge a estimé que le mode d'établissement du loyer pour les reconductions (la clause compromissoire et les modalités d'évaluation de l'immeuble) n'a fait l'objet d'aucun débat. Quant aux améliorations, il faut dire qu'Anfield a laissé entendre à la bande indienne, à plusieurs reprises, qu'elles lui reviendraient bien que l'offre du club de golf du 4 avril 1957 ait stipulé le contraire. En outre, il a laissé Howell procéder à la révision de son évaluation d'un rendement équitable pour la durée initiale du bail sur cette base et a eu recours à son avis pour convaincre la bande indienne d'accepter un montant de 29 000 \$ l'an pour le premier loyer. Peut-être espérait-il sincèrement parvenir à faire modifier cette clause. Comme il n'est plus là pour témoigner, nous ne le savons pas. Si troublant que me paraisse cet aspect de l'affaire, on ne peut en déduire qu'Anfield s'est engagé à conclure un bail aux conditions verbales constatées par le premier juge. Si la constatation par le juge d'un manquement à une fiducie suppose l'existence d'une clause supplémentaire à la cession qui aurait obligé les représentants du Ministère à se présenter de nouveau devant la bande pour obtenir une autorisation ou des directives, au cas où il ne pourrait conclure un bail conforme aux conditions verbales retenues par le premier juge, ce dernier a également constaté, dans cette mesure, que les représentants du Ministère ne s'estimaient probablement pas liés par cette obligation.

In providing that a surrender may be conditional, the Act clearly contemplates that the document of surrender may include by incorporation or reference any conditions that may be voted on and approved by the Band. The appellant pointed out in argument that a surrender by the Squamish Band of Indians on April 15, 1956 with respect to the Capilano Indian Reserve No. 5 contained the following condition: "Subject, however, to the following conditions: "That all leases granted under the authority of this Surrender to be at such rental and on such terms as our Band Council may from time to time approve by Resolution". Another example of such a condition is to be found in the surrender which was considered in *Reference re Stony Plain Indian Reserve No. 135* (1981), 130 D.L.R. (3d) 636 [(Alta. C.A.), at page 640]: "No lease with respect to the surrendered land will be executed by the Minister without the approval of the Band Council." Counsel for the appellant suggested that the present case might be summed up as an attempt to persuade the Court to read a similar condition into the Musqueam surrender.

The respondents referred to the decision of the Ontario Court of Appeal in *Regina v. Taylor et al.* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, in support of their contention that there can be oral terms or conditions of a surrender. That case concerned the effect of an Indian treaty on fishing and hunting rights. The written treaty made no provision for such rights but the Court applied oral terms evidenced by minutes of a council meeting which the parties agreed formed part of the treaty. MacKinnon A.C.J.O., delivering the judgment of the Court, said at pages 230-231: "Counsel for both parties to this appeal agreed that the minutes of this council meeting recorded the oral portion of the 1818 treaty and are as much a part of that treaty as the written articles of the provisional agreement." Thus the admission of the oral terms was not disputed, as in the present case. The provisions of the *Indian Act* governing surrender were not in issue. What was in issue was the construction of the oral terms which the parties had agreed formed part of the treaty. On this issue MacKinnon A.C.J.O. said at pages 232-233:

En disposant qu'une cession peut être conditionnelle, la Loi prévoit clairement que l'acte de cession peut inclure ou mentionner des conditions votées et approuvées par la bande indienne. L'appelante a fait remarquer au cours du débat qu'une cession par la bande indienne Squamish, en date du 15 avril 1956, portant sur la réserve indienne Capilano n° 5, comportait la stipulation suivante: [TRADUCTION] «Sous réserve toutefois des conditions suivantes: "que tous les baux conclus en vertu de la présente cession seront conformes aux conditions pécuniaires ou autres que le conseil de bande approuvera par résolution".» On trouve un autre exemple de cession conditionnelle dans l'affaire *Reference re Stony Plain Indian Reserve No. 135* (1981), 130 D.L.R. (3d) 636 [C.A.] Alb.), à la page 640]: [TRADUCTION] «Aucun bail relatif à un terrain cédé ne sera conclu par le Ministre sans l'aval du conseil de bande.» L'avocat de l'appelante a prétendu que la présente action visait simplement à persuader la Cour d'incorporer une condition de ce genre dans la cession Musqueam.

Les intimés se fondent notamment sur l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *Regina v. Taylor et al.* (1981), 62 C.C.C. (2d) 227, pour affirmer qu'il peut y avoir des conditions ou modalités verbales à une cession. Cette espèce portait sur l'effet d'un traité indien sur leurs droits de pêche et de chasse. La lettre du traité ne comportait aucune clause à leur sujet, mais la Cour a eu recours à des conditions orales attestées par les procès-verbaux d'une assemblée du conseil que les parties reconnaissaient comme incorporées au traité. Le juge en chef adjoint MacKinnon de la Cour d'appel de l'Ontario, prononçant l'arrêt, dit aux pages 230 et 231: [TRADUCTION] «Les avocats des deux parties à l'appel sont convenus que les procès-verbaux de cette assemblée du conseil ont constaté l'élément oral du traité de 1818 et qu'ils font partie de ce traité au même titre que les clauses écrites de l'accord provisoire.» Ainsi l'admission des conditions verbales n'était pas contestée comme en l'espèce. Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* régissant les cessions n'étaient pas en cause. Le litige portait sur l'interprétation des conditions verbales reconnues par les parties comme formant partie intégrante du traité. À cet égard, le juge en chef adjoint MacKinnon dit aux pages 232 et 233:

Cases on Indian or aboriginal rights can never be determined in a vacuum. It is of importance to consider the history and oral traditions of the tribes concerned, and the surrounding circumstances at the time of the treaty, relied on by both parties, in determining the treaty's effect. Although it is not possible to remedy all of what we now perceive as past wrongs in view of the passage of time, nevertheless it is essential and in keeping with established and accepted principles that the Courts not create, by a remote, isolated current view of events, new grievances.

In the instant appeal, both counsel were in agreement that we could, and indeed should, look at the history of the period and place, and at the Papers and Records of the Ontario Historical Society dealing with this particular treaty and the persons involved in it. The Crown was of the view that a historical analysis of the times and conditions supported its position that the Indians intended to surrender their hunting and fishing rights. Counsel for the respondents took the contrary view.

That statement was directed to the construction of the oral terms, which the parties agreed formed part of the treaty, in the light of historical evidence, which the parties agreed should be considered. It does not assist us, in my respectful opinion, in the application of the formal requirements of the *Indian Act* governing the validity of a surrender.

In view of the conclusion to which I have come on this branch of the argument, it is unnecessary to consider the other submissions of the appellant concerning the oral terms found by the Trial Judge, although in my opinion they also have considerable force: in particular, the submission that oral evidence of these terms should not be admitted because they purport to vary or contradict the terms of a valid written instrument, and the submission that the basis on which the Trial Judge found the oral terms of the alleged trust does not satisfy the requirement of a valid trust that there be certainty as to the purpose of the trust, or the manner in which the property is to be dealt with. In the result, I am of the opinion that the oral conditions of surrender found by the Trial Judge did not afford a basis in law for a finding of liability and an award of damages.

In the alternative the respondents contend that a trust was created by the terms of the surrender document, and that the Crown was in breach of that trust by its alleged failure to exercise ordinary skill and prudence in the leasing of the land. I propose to deal now with the appellant's conten-

[TRADUCTION] Les affaires concernant les droits indiens ou aborigènes ne peuvent jamais être décidées dans l'abstrait. Il importe de tenir compte de l'histoire et des traditions orales des tribus concernées et des circonstances prévalant à l'époque du traité, sur lesquelles les parties se sont appuyées pour déterminer les incidences du traité. S'il n'est pas possible de remédier à ce que nous percevons maintenant comme des erreurs du passé, puisque trop de temps s'est écoulé, il est néanmoins essentiel et conforme aux principes établis et acceptés que les tribunaux s'abstiennent de créer de nouveaux griefs par une vision distante et abstraite des événements de l'époque.

En l'espèce, les avocats de toutes les parties s'accordaient pour dire que nous pouvions, et même que nous devions, tenir compte de l'histoire de la période et du lieu ainsi que des documents et archives de l'Ontario Historical Society relatifs à ce traité et à ceux qui l'ont négocié. La Couronne estimait que l'analyse historique des circonstances favorisait sa thèse, selon laquelle les Indiens entendaient céder leurs droits de chasse et de pêche. L'avocat des intimés pensait le contraire.

Cette déclaration concernait l'interprétation de conditions verbales reconnues par les parties comme faisant partie intégrante du traité, à la lumière de documents historiques dont les parties jugeaient également utile de tenir compte. Cela ne nous aide pas, à mon avis, lorsqu'il s'agit d'appliquer les exigences formelles de la *Loi sur les Indiens* régissant la validité d'une cession.

Vu ma conclusion sur cet aspect des débats, il est inutile d'étudier les autres arguments de l'appelante relatifs aux conditions verbales constatées par le premier juge, bien qu'à mon avis, ils aient une force considérable: je pense notamment à l'argument selon lequel la preuve testimoniale des conditions ne devrait pas être admise pour modifier, voire contredire, les conditions d'un écrit valide, et à l'argument selon lequel la conclusion du premier juge sur l'existence de conditions verbales est fondée sur des constatations qui ne satisfont pas aux exigences de certitude, en matière de fiducie, quant à son objet et quant à la manière dont le bien doit être administré. En conséquence, je suis d'avis que les conditions verbales de la cession retenues par le premier juge ne permettaient pas, en droit, de conclure à la responsabilité ni d'accorder des dommages-intérêts.

Subsidiairement, les intimés soutiennent qu'il y a eu constitution d'une fiducie par l'acte de cession et que la Couronne a manqué à cette fiducie parce qu'elle n'a pas apporté la diligence et le soin requis à la location du terrain. Je vais maintenant traiter du moyen de l'appelante selon lequel le titre ou

tion that the Indian title or interest in reserve land was not property and could not, therefore, be the subject of a trust created by the surrender. This issue was not adverted to by the Trial Judge.

It is clear from the definitions of "trust" (see *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 13th ed., 1979, pages 1, 17; Waters, *Law of Trusts in Canada*, 1974, page 5) that the subject-matter of a trust is property of some kind, and that without property there cannot be a trust. Certainty as to the property which is the subject of a trust is one of the requisites of a valid trust.

There is no question, of course, that the legal title in reserve land is in the Crown. That is made plain not only by the cases but by the definition of a "reserve" in section 2 [paragraph (o)] of the *Indian Act* as "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". The precise nature and content of the Indian title or interest has been the subject of much judicial commentary, but it remains an elusive concept. It has been variously characterized as a "burden" upon or qualification of the Crown's title, as "usufructuary" in nature, as "personal" in the sense that it cannot be alienated except by surrender to the Crown, as a right of occupation, and as a right of possession. This probably does not exhaust the ways in which it has been characterized. It has further been held that upon extinguishment of the Indian title by surrender or otherwise, the beneficial interest in the surrendered land passes to the province in which the land is located unless the province's interest has been transferred to Canada. The characterization of Indian title that has had the most important impact in Canada is that which was suggested in several decisions of the Privy Council, in particular, *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorney-General for Ontario* (the first *Indian Annuities* case), [1897] A.C. 199; *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73; and *Attorney-General for the Province of Quebec and Others v. Attorney-General for the Dominion of Canada and Another* (the *Star Chrome* case), [1921] 1 A.C. 401. In *St. Catherine's Milling* the Indian title in question was that which was recog-

droit indien grevant le terrain réservé n'était pas un droit de propriété et ne pouvait donc faire l'objet d'une fiducie constituée par la cession. Le premier juge ne s'est pas prononcé sur ce point.

^a

Il est clair, d'après les définitions du mot «fiducie» (voir *Underhill's Law of Trusts and Trustees*, 13^e éd., 1979, aux pages 1, 17, et Waters, *Law of Trusts in Canada*, 1974, page 5) que l'objet d'une fiducie doit être un bien et que sans bien il ne peut y avoir fiducie. La certitude quant au bien, objet de la fiducie, est un des éléments nécessaires de la validité d'une fiducie.

^c

Il ne fait aucun doute que la propriété, en *common law*, du terrain réservé est dévolue à la Couronne. Cela ressort manifestement de la jurisprudence ainsi que de la définition à l'article 2 [alinéa o] de la *Loi sur les Indiens* du terme «réservation»: «une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande». La nature précise et le contenu du titre ou droit indien ont fait l'objet d'une abondante jurisprudence, mais demeurent des notions difficiles à saisir. On a parlé à ce sujet de «charge grevant le titre de la Couronne», d'«usufruit» par nature, de «droit personnel» en ce qu'il ne peut être aliéné que par cession à la Couronne, de droit d'occupation, et de droit de possession. Cette énumération n'est sans doute pas exhaustive. On a dit aussi qu'à l'extinction du titre indien par cession ou autrement, tous les principaux attributs de la propriété du terrain cédé passaient à la province où il était situé, à moins que les droits de la province n'aient eux-mêmes été cédés au Canada. La définition du titre indien qui a eu la plus grande incidence au Canada a été formulée dans plusieurs décisions du Conseil privé, dont notamment les arrêts *St. Catherine's Milling and Lumber Company v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Attorney-General for the Dominion of Canada v. Attorney-General for Ontario* (la première affaire des rentes indiennes), [1897] A.C. 199; *Ontario Mining Company, Limited v. Seybold and Others*, [1903] A.C. 73; et *Attorney-General for the Province of Quebec and Others v. Attorney-General for the Dominion of Canada and Another* (l'affaire *Star Chrome*), [1921] 1 A.C. 401. Dans l'affaire *St. Catherine's Milling*, le titre indien en cause était celui que reconnaissait la *Proclamation royale* du 7 octobre

nized by *The Royal Proclamation* of October 7, 1763 [R.S.C. 1970, Appendix II, No. 1], and the issue was whether upon the extinguishment of that title by surrender the beneficial interest in the land passed to the province or the Dominion. Lord Watson said at page 54 that “the tenure of the Indians was a personal and usufructuary right, dependent upon the good will of the Sovereign.” At page 55 he said that the Judicial Committee did not intend to express an opinion on “the precise quality of the Indian right”, but that it was sufficient to say that “there has been all along vested in the Crown a substantial and paramount estate, underlying the Indian title, which became a plenum dominium whenever that title was surrendered or otherwise extinguished.” Later he said, “The Crown has all along had a present proprietary estate in the land, upon which the Indian title was a mere burden” (page 58) and referred to “the right of the Provinces to a beneficial interest in these lands, available to them as a source of revenue whenever the estate of the Crown is disencumbered of the Indian title” (page 59). In the *Star Chrome* case the characterization of the Indian title in *St. Catherine’s Milling* was applied by the Privy Council to the Indian interest in land set apart as a reserve in Lower Canada by Order in Council pursuant to an Act of 1851 (14 & 15 Vict., c. 106) of the Legislature of the Province of Canada and which, it was said, the Dominion was correct, for purposes of a surrender of the land in 1882, in treating as a “reserve” within the meaning of the federal *Indian Act*. An Act of 1850 (13 & 14 Vict., c. 42) of the Province of Canada provided that lands set apart for the Indians were vested in a Commissioner of Indian Lands for Lower Canada in trust for the Indians. The issue was whether the title to the land was vested after the surrender in the Crown in right of the province or in the Crown in right of the Dominion. The Dominion contended that the effect of the Act of 1850 was to vest the title, both legal and beneficial, in the Commissioner in trust for the Indians, and that upon the surrender that title was vested in the Crown in right of the Dominion. Duff J., who delivered the judgment of the Privy Council, said at page 408 that the Indian right recognized by the Act of 1850 was “a usufructuary right only and a personal right in the sense that it is in its nature inalienable except by surrender to the Crown.” He said at page 411 that “the effect of the Act of

1763 [S.R.C. 1970, Appendice II, n° 1], et il fallait déterminer si, après extinction de ce titre par cession, le droit de propriété du terrain passait à la province ou au Dominion. Lord Watson dit à la page 54: [TRADUCTION] «les Indiens avaient un droit personnel, de la nature d’un usufruit, dépendant du bon plaisir du souverain». À la page 55, il dit que le Comité judiciaire n’entendait pas se prononcer sur [TRADUCTION] «la nature exacte du droit indien» mais qu’il suffisait de dire que [TRADUCTION] «la Couronne a toujours eu un droit fondamental et suprême sous-jacent au titre indien, et qui est devenu un plenum dominium dès que le titre indien a été cédé ou autrement éteint». Plus loin, il ajoutait [TRADUCTION] «La Couronne a toujours eu un droit de propriété sur le terrain que le titre indien grevait simplement d’une charge» (page 58) et parlait du [TRADUCTION] «droit des provinces à tous les attributs principaux du droit de propriété sur ces terrains, dont elles peuvent percevoir les revenus dès que le droit de la Couronne est purgé du titre indien» (page 59). Dans l’arrêt *Star Chrome*, la définition du titre indien donnée dans l’arrêt *St. Catherine’s Milling* a été appliquée par le Conseil privé au droit indien grevant un terrain constitué en réserve dans le Bas-Canada par décret pris selon une loi de 1851 (14 & 15 Vict., chap. 106) de l’assemblée législative de la Province du Canada. On a soutenu que le Dominion avait eu raison, aux fins de la cession du terrain en 1882, de la traiter comme une «réserve» aux termes de la Loi fédérale sur les Indiens. Une loi de 1850 (13 & 14 Vict., chap. 42) de la Province du Canada portait que les terres conservées pour les Indiens étaient dévolues au commissaire des terres indiennes du Bas-Canada, en fiducie pour les Indiens. Il fallait décider si le titre de propriété du terrain revenait, après cession, à la Couronne du chef de la province ou à la Couronne du chef du Dominion. Le Dominion soutenait que la Loi de 1850 conférait le titre de propriété, tant en *common law* qu’en *equity*, au commissaire, en fiducie pour les Indiens, et que par la cession le titre avait été transporté à la Couronne du chef du Dominion. Le juge Duff, auteur de l’arrêt du Conseil privé, dit, à la page 408, que le droit indien reconnu par la Loi de 1850 était [TRADUCTION] «un droit de la nature d’un usufruit seulement et un droit personnel en ce sens que, par sa nature, il est inaliénable, sauf par cession à la Couronne». Il dit, à la page 411: [TRADUCTION] «la Loi de 1850

1850 is not to create an equitable estate in lands set apart for an Indian tribe of which the Commissioner is made the recipient for the benefit of the Indians, but that the title remains in the Crown and that the Commissioner is given such an interest as will enable him to exercise the powers of management and administration committed to him by the statute." In the result, the Act of 1850 did not affect the principle affirmed in *St. Catherine's Milling*, by which, upon the surrender of the Indian title, the beneficial interest in the land passed to the province.

In *Calder, et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the issue was whether aboriginal Indian title had been extinguished, but in the course of the analysis of that question there was reference to the nature of aboriginal title. There was a division of opinion in the Court as to whether the Indian title in that case was based on *The Royal Proclamation* of October 7, 1763, but this would not appear to have had a bearing on the views that were expressed as to the nature of Indian title. Judson J., with whom Martland and Ritchie JJ. concurred, said that any inquiry into the nature of Indian title must begin with the *St. Catherine's Milling* case, but he also said at page 328 that the words "personal" and "usufructuary" (which were used by Lord Watson in that case to characterize the Indian title) were not helpful in the solution of the problem before the Court. He considered the decisions of the Supreme Court of the United States on the nature of aboriginal title and observed [at page 320] that the lower courts in *St. Catherine's Milling* had been strongly influenced by the judgments of Chief Justice Marshall in *Johnson et al. v. McIntosh*, 21 U.S. 240 (1823), and *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. 530 (1832). In those cases aboriginal title was referred to as a "right of occupancy" based on aboriginal possession of the land. Judson J. also considered the cases in which the question had arisen as to whether aboriginal title was "property" within the meaning of the Fifth Amendment of the Constitution of the United States, which provides that private property shall not be taken for public use without just compensation. Referring to the decision of the Supreme Court of the United States in *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.* ("the second *Tillamooks* case"), 341 U.S. 48 (1951), as

ne crée pas un droit réel en *equity* grevant les terres qui sont conservées pour une tribu indienne et dont le commissaire a la garde au profit des Indiens; le titre de propriété demeure dévolu à la Couronne, le commissaire n'en a la garde qu'afin d'exercer les pouvoirs de gestion et d'administration que lui confère la Loi». Finalement, la Loi de 1850 n'a pas altéré le principe consacré dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, selon lequel, à la cession du titre indien, tous les principaux attributs du droit de propriété du terrain vont à la province.

L'arrêt *Calder, et autres c. Le Procureur Général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, traite de la question de l'extinction du titre aborigène indien mais l'analyse porte également sur la nature du titre aborigène. Les avis étaient partagés sur la question de savoir si le titre indien en cause était fondé sur la *Proclamation royale* du 7 octobre 1763, mais cela ne paraît pas avoir eu d'incidence sur les vues exprimées quant à la nature du titre indien. Le juge Judson, dont les juges Martland et Ritchie partagent l'opinion dans cette décision, dit que tout examen de la nature du titre indien doit commencer avec l'arrêt *St. Catherine's Milling*; mais il ajoute, à la page 328, que les termes «personnel» et «usufruit» (employés par lord Watson dans cette affaire pour qualifier le titre indien) ne facilitent pas la solution du problème dont la Cour est saisie. Il examine la jurisprudence de la Cour suprême des États-Unis relative à la nature du titre aborigène et fait remarquer [à la page 320] que les juridictions inférieures dans l'affaire *St. Catherine's Milling* ont été fortement influencées par les arrêts du juge en chef Marshall dans *Johnson et al. v. McIntosh* 21 U.S. 240 (1823), et *Worcester v. State of Georgia*, 31 U.S. 530 (1832). Ces affaires décrivaient le titre aborigène comme un [TRADUCTION] «droit d'occupation» fondé sur la possession de la terre depuis les origines. Le juge Judson tient également compte de la jurisprudence où s'était posé la question de savoir si le titre aborigène était un titre de propriété aux termes du Cinquième Amendement de la Constitution des États-Unis, qui dispose que la propriété privée ne saurait être prise à des fins publiques sans une juste indemnisation. Se référant à l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *United States v. Alcea Band of Tillamooks et al.* (la deuxième affaire *Tillamooks*), 341 U.S. 48

commented on by the Court in *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955), Judson J. said at page 343: "The finding of the Court in the second *Tillamooks* case was therefore that aboriginal title did not constitute private property compensable under the Amendment." He then quoted [at page 344] the following passage from [page 279 of] the *Tee-Hit-Ton* case with reference to the nature of aboriginal title, which is relied on by the appellant: "This is not a property right but amounts to a right of occupancy which the sovereign grants and protects against intrusion by third parties but which right of occupancy may be terminated and such lands fully disposed of by the sovereign itself without any legally enforceable obligation to compensate the Indians." On the other hand, as the respondents point out, the Indian title recognized in treaties which have set apart reservations "for the absolute and undisturbed use and occupation" of Indians has been held by the Supreme Court of the United States to be "property" within the meaning of the Fifth Amendment: *Shoshone Tribe of Indians v. United States*, 299 U.S. 476 (1937), and *United States v. Sioux Nation of Indians et al.*, [448 U.S. 371]; 65 LEd2d 844 (1980). In *Sioux Nation* the Court held [at page 415 U.S., footnote 29] that this principle was applicable only to "instances in which 'Congress by treaty or other agreement has declared that thereafter Indians were to hold the lands permanently'." In *Calder*, Hall J. [dissenting], with whom Spence and Laskin JJ. concurred, said at page 352 that it was unnecessary to define the exact nature of the Indian title since the issue was whether it had been extinguished, but in indicating that he assumed there would be a right to compensation if there were a taking of it, he said at page 352: "This is not a claim to title in fee but is in the nature of an equitable title or interest, (see *Cherokee Nation v. State of Georgia* [(1831), 5 Peters 1, 30 U.S. 1.]) a usufructuary right and a right to occupy the lands and to enjoy the fruits of the soil, the forest and of the rivers and streams which does not in any way deny the Crown's paramount title as it is recognized by the law of nations." Hall J. also quoted with approval what was said by Viscount Haldane concerning native title in *Amodu Tijani v. The Secretary, Southern Nigeria*, [1921] 2 A.C. 399 [P.C.], a case particularly relied on by the respondents in their contention that Indian title is a proprietary interest.

(1951), qu'avait commentée la Cour dans l'arrêt *Tee-Hit-Ton Indians v. United States*, 348 U.S. 272 (1955), le juge Judson dit à la page 343: «Dans le second arrêt *Tillamooks*, la cour a donc conclu que le titre aborigène ne constituait pas une propriété privée pouvant faire l'objet d'une indemnisation en vertu de l'Amendement.» Il cite ensuite [à la page 344] le passage suivant de [la page 279 de] l'arrêt *Tee-Hit-Ton* relativement à la nature du titre aborigène, qui est aussi invoqué par l'appellante: [TRADUCTION] «Il ne s'agit pas d'un droit de propriété, mais en quelque sorte, d'un droit d'occupation que le Souverain accorde et qu'il protège contre l'empiétement par des tiers; mais le souverain peut éteindre ce droit d'occupation et peut vendre les terres sans encourir d'obligation juridiquement exécutoire d'indemniser les Indiens.» D'autre part, comme les intimés le soulignent, le titre indien reconnu dans les traités qui ont constitué des réserves [TRADUCTION] «pour l'usage et l'occupation paisible et absolue» des Indiens, a déjà été considéré par la Cour suprême des États-Unis comme un droit de «propriété» aux termes du Cinquième Amendement: *Shoshone Tribe of Indians v. United States*, 299 U.S. 476 (1937) et *United States v. Sioux Nation of Indians et al.*, [448 U.S. 371]; 65 LEd2d 844 (1980). Dans l'arrêt *Sioux Nation*, la Cour a jugé [à la page 415 U.S., note 29] que ce principe ne s'appliquait que dans [TRADUCTION] «des cas où "le Congrès par traité ou autre entente a déclaré que dorénavant les terres reviendraient aux Indiens définitivement"». Dans l'arrêt *Calder*, le juge Hall [dissident], avec l'accord des juges Spence et Laskin dit, à la page 352, qu'il n'est pas nécessaire de préciser la nature et l'étendue exacte du titre indien puisqu'il s'agit de déterminer s'il a été éteint; mais il paraît présumer qu'il y aurait indemnisation en cas d'expropriation. Il dit, toujours à la page 352: «La demande ne vise pas un titre de propriété en soi, mais plutôt, son objet est analogue à un titre ou droit en «equity», (voir *Cherokee Nation v. State of Georgia* [(1831), 5 Peters 1, 30 U.S. 1]) à un usufruit et à un droit d'occupation de biens-fonds et de jouissance de fruits de la terre, de la forêt et de rivières et cours d'eau ne niant absolument pas le titre suprême de la Couronne reconnu par le droit des gens.» Le juge Hall cite aussi, en l'approuvant, ce qu'avait dit le vicomte Haldane du titre indigène dans l'arrêt *Amodu Tijani v. The Secretary, Southern*

In *Amodu Tijani* the issue was whether a chief of Lagos who held land for his community was entitled on a taking of the land for public purposes to be compensated on the basis that he was transferring the land in full ownership. The applicable ordinance provided that where land required for public purposes was property of a native community the chief of the community could transfer the title of the community. The lower courts held that the chief was only entitled to be compensated for a "seigneurial right" of control and management. The Privy Council held that he was entitled to be compensated on the basis that he was transferring the land in full ownership. Viscount Haldane said [at page 402] that the issue turned on "the real character of the native title to the land", and at pages 402 and 403 he made the following statement concerning the proper approach to the characterization of native title, in the course of which he referred to Indian title in Canada:

Their Lordships make the preliminary observation that in interpreting the native title to land, not only in Southern Nigeria, but other parts of the British Empire, much caution is essential. There is a tendency, operating at times unconsciously, to render that title conceptually in terms which are appropriate only to systems which have grown up under English law. But this tendency has to be held in check closely. As a rule, in the various systems of native jurisprudence throughout the Empire, there is no such full division between property and possession as English lawyers are familiar with. A very usual form of native title is that of a usufructuary right, which is a mere qualification of or burden on the radical or final title of the Sovereign where that exists. In such cases the title of the Sovereign is a pure legal estate, to which beneficial rights may or may not be attached. But this estate is qualified by a right of beneficial user which may not assume definite forms analogous to estates, or may, where it has assumed these, have derived them from the intrusion of the mere analogy of English jurisprudence. Their Lordships have elsewhere explained principles of this kind in connection with the Indian title to reserve lands in Canada. [See (1888), 14 App. Cas. 46 and [1920] 1 A.C. 401.] But the Indian title in Canada affords by no means the only illustration of the necessity for getting rid of the assumption that the ownership of land naturally breaks itself up into estates, conceived as creatures of inherent legal principle. Even where an estate in fee is definitely recognized as the most comprehensive estate in land which the law recognizes, it does not follow that outside England it admits of being broken up. In Scotland a life estate imports no freehold title, but is simply in contemplation of Scottish law a burden on a right of full

Nigeria, [1921] 2 A.C. 399 [P.C.], arrêt qu'ont invoqué tout particulièrement les intimés pour soutenir que le titre indien est de la nature d'un droit de propriété.

Dans l'arrêt *Amodu Tijani*, il s'agissait de décider si un chef de Lagos, propriétaire d'une terre au nom de sa communauté, avait droit à une indemnisation pour l'expropriation de la terre à des fins publiques, parce que la terre était cédée en pleine propriété. L'ordonnance applicable prévoyait que lorsqu'un bien-fonds à des fins publiques appartenait à une communauté indigène, le chef de cette communauté pouvait céder le titre de propriété de la communauté. Les juridictions inférieures jugèrent que le chef n'avait droit qu'à l'indemnisation d'un [TRADUCTION] «droit seigneurial» de contrôle et d'administration. Le Conseil privé jugea qu'il y avait lieu à une indemnisation sur la base d'un transfert du bien-fonds en pleine propriété. Selon le vicomte Haldane [à la page 402], le litige dépendait de [TRADUCTION] «la véritable nature du titre autochtone sur la terre», et, aux pages 402 et 403, il dit ceci au sujet de la définition du titre aborigène, en faisant allusion au titre des Indiens au Canada:

[TRADUCTION] En premier lieu, Leurs Seigneuries veulent faire remarquer qu'en déterminant la nature du titre des indigènes sur des biens-fonds non seulement au Nigéria du sud, mais en d'autres parties de l'Empire britannique, il est essentiel de se montrer extrêmement prudent. On a tendance, parfois inconsciemment, à concevoir ce titre selon des termes ne s'appliquant bien qu'aux systèmes fondés sur le droit anglais. Mais il faut contrôler étroitement cette tendance. Règle générale, dans les divers systèmes de droit aborigène à travers l'Empire on ne retrouve pas la distinction complète qui existe entre la propriété et la possession et avec laquelle les avocats anglais sont familiers. Une forme très habituelle de titre chez les aborigènes est l'usufruit, simple restriction ou charge sur le titre radical ou final du Souverain, le cas échéant. Le titre du Souverain n'est alors qu'un pur intérêt juridique, auquel peuvent se joindre ou non des droits de propriété réels. Mais cet intérêt est restreint par le droit de l'usager bénéficiaire, lequel ne prend pas nécessairement une forme précise analogue à un droit de propriété ou peut, lorsqu'il prend pareille forme, découler de l'introduction de la jurisprudence anglaise par simple analogie. Leurs Seigneuries ont déjà énoncé ailleurs des principes de ce genre, relativement au titre que les Indiens ont sur les réserves canadiennes. [Voir (1888), 14 App. Cas. 46 et [1920] 1 A.C. 401.] Mais le titre des Indiens du Canada ne constitue aucunement le seul exemple de la nécessité de se débarrasser de la présomption que la propriété immobilière se subdivise naturellement en droits distincts, conçus comme créés en vertu de principes juridiques inhérents. Même lorsque le droit de propriété absolue est clairement reconnu comme étant le droit immobilier le plus complet en droit, il ne s'ensuit pas qu'en dehors de

property that cannot be split up. In India much the same principle applies. The division of the fee into successive and independent incorporeal rights of property conceived as existing separately from the possession is unknown.

Viscount Haldane then pointed out that the native title was that of the community rather than an individual. He said at pages 403 and 404: "Such a community may have the possessory title to the common enjoyment of a usufruct, with customs under which its individual members are admitted to enjoyment, and even to a right of transmitting the individual enjoyment as members by assignment inter vivos or by succession" and at pages 409 and 410 he said: "Their Lordships think that the learned Chief Justice in the judgment thus summarised, which virtually excludes the legal reality of the community usufruct, has failed to recognize the real character of the title to land occupied by a native community. That title, as they have pointed out, is prima facie based, not on such individual ownership as English law has made familiar, but on a communal usufructuary occupation, which may be so complete as to reduce any radical right in the Sovereign to one which only extends to comparatively limited rights of administrative interference."

As we have seen, the characterization in *St. Catherine's Milling* of the Indian title recognized by *The Royal Proclamation* of 1763 was applied by the Privy Council in the *Star Chrome* case to the interest in a reserve which was set apart for the Indians by executive act under legislation of the Province of Canada providing for the creation of reserves and was surrendered under the terms of the federal *Indian Act* in 1882. There is, nevertheless, a body of judicial opinion holding that whatever may be said of aboriginal title, whether recognized by *The Royal Proclamation* of 1763 or not, the Indian title or interest in a reserve under the *Indian Act* is a right of possession. This is a conclusion based on the character which the provisions of the *Indian Act* appear to give to the interest of a band in reserve land. See *The Queen v. Devereux*, [1965] 1 Ex.C.R. 602 at page 609; *Joe et al. v. Findlay* (1978), 87 D.L.R. (3d) 239

l'Angleterre, il puisse se fractionner. En Écosse, le fait de détenir un bien en viager ne comporte aucun titre de franche propriété; selon le droit écossais, il s'agit simplement d'une charge sur un droit de pleine propriété ne pouvant pas se diviser. En Inde, un principe à peu près identique s'applique. Il n'existe aucune division du droit de propriété en droits incorporels de propriété successifs et distincts, conçus comme existant indépendamment de la possession.

Le vicomte Haldane rappelle alors que le titre aborigène était celui de la collectivité, non celui d'un individu. Il dit, aux pages 403 et 404: [TRADUCTION] «Une telle communauté peut avoir la possession, la jouissance collective d'un usufruit, avec des règles coutumières en vertu desquelles les membres individuels ont un droit de jouissance et même un droit d'aliénation de ce droit de jouissance en tant que membre de la collectivité, entre vifs ou par succession.» Et, aux pages 409 et 410, il ajoute: [TRADUCTION] «Leurs Seigneuries, croient que le savant juge en chef, dans le jugement ainsi résumé, qui nie de fait l'existence juridique de l'usufruit de la collectivité, a omis de reconnaître le véritable caractère du titre d'une collectivité aborigène sur les biens-fonds qu'elle occupe. Ce titre, comme elles l'ont signalé, est prima facie fondé non pas sur quelque propriété particulière au sens du droit anglais, mais sur un droit commun d'occupation communautaire de la nature d'un usufruit, qui peut être si absolu qu'il réduit tout droit radical du Souverain en un droit comparativement restreint d'intervention à des fins administratives.»

Comme nous venons de le voir dans l'arrêt *St. Catherine's Milling*, la définition du titre indien reconnu par la *Proclamation royale* de 1763 a été appliquée par le Conseil privé dans l'affaire *Star Chrome* au droit réel grevant une réserve, qui avait été constituée pour les Indiens par décret pris en application de la législation de la Province du Canada prévoyant la création de réserves, puis avait été cédée conformément à la *Loi fédérale* sur les Indiens en 1882. Il existe néanmoins une jurisprudence abondante affirmant que, quoi que l'on puisse dire du titre aborigène, reconnu ou non par la *Proclamation royale* de 1763, le titre ou droit indien grevant la réserve en vertu de la *Loi sur les Indiens* n'est qu'un droit de possession. Cette conclusion est fondée sur la nature que les dispositions de la *Loi sur les Indiens* paraissent attribuer aux droits d'une bande indienne sur le bien-fonds réservé. Voir les espèces *The Queen v. Devereux*,

[B.C.S.C. Chambers] at pages 241-242. The conclusion is based in part on the provisions of the Act recognizing that an allotment by the band, with the approval of the Minister, of land in a reserve to a member of the band gives the member a right of possession to that land which may be transferred to the band or a member of the band. The reasoning is that if the band may allot a right of possession it must have a right of possession. *Devereux* involved the statutory recourse under section 31 of the Act [R.S.C. 1952, c. 149] for recovery of the possession of a part of the reserve on behalf of the band or a member of the band. *Joe et al. v. Findlay* involved a common law action for trespass. In *Devereux*, a majority of the Supreme Court of Canada, [1965] S.C.R. 567, differed from the Exchequer Court as to whether the recourse under section 31 could be brought on behalf of the band when the band had allotted the land in question to a member, but the majority did not comment on the characterization of the band's interest in the reserve as a right of possession. Cartwright J. (as he then was), dissenting, expressly agreed with this characterization. In the British Columbia Court of Appeal in *Joe et al. v. Findlay* (1981), 122 D.L.R. (3d) 377, Carrothers J.A. spoke at page 379 of the Indian title or interest in a reserve under the *Indian Act* as follows: "This statutory right of use and benefit, often referred to in the cases as a usufruct (not a true equivalent borrowed from Roman law), is a collective right in common conferred upon and accruing to the band members as a body and not to the band members individually. For a discussion on the nature of this possessory right see *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46." And he said at pages 379 and 380 of the right of possession which may be allotted by the Band to a member: "I emphasize that we are considering merely the right to possession or occupation of a particular part of the reserve lands which right is given by statute to the entire band in common but which can, with the consent of the Crown, be allotted in part as aforesaid to individual members thus vesting in the individual member all the incidents of ownership in the allotted part with the exception of legal title to the land itself, which remains with the Crown: *Brick Cartage Ltd. v. The Queen* [1965] 1 Ex. C.R. 102." In *Brick Cartage*, Cattnach J. referred to the Indian interest in reserve land under the *Indian Act* as a

[1965] 1 R.C.É. 602, à la page 609; *Joe et al. v. Findlay* (1978), 87 D.L.R. (3d) 239 [C.S.C.-B. en cabinet], aux pages 241 et 242. Cette conclusion est fondée en partie sur les dispositions de la Loi qui reconnaissent que la concession par la bande indienne, avec l'aval du Ministre, d'un terrain de la réserve à un de ses membres confère à ce dernier un droit de possession sur ce terrain transmissible à la bande ou à l'un de ses membres. Si donc, soutient-on, la bande indienne peut concéder un droit de possession, il faut qu'elle détienne elle-même un droit de possession. L'affaire *Devereux* portait sur un recours, fondé sur l'article 31 de la Loi [S.R.C. 1952, chap. 149], en vue de reprendre la possession d'une partie de la réserve au nom de la bande indienne ou d'un membre de celle-ci. L'affaire *Joe et al. v. Findlay* concerne l'action de *common law* relative à l'intrusion (*trespass*). Dans l'affaire *Devereux*, en Cour suprême du Canada, [1965] R.C.S. 567, la majorité était en désaccord avec l'opinion de la Cour de l'Échiquier sur le point de savoir si le recours fondé sur l'article 31 pouvait être engagé au nom de la bande lorsque celle-ci avait concédé le terrain en question à un membre, mais sans commenter la définition du droit de la bande sur la réserve comme droit de possession. Dans sa dissidence, le juge Cartwright (tel était alors son titre) approuvait expressément cette définition. En Cour d'appel de la Colombie-Britannique, dans l'arrêt *Joe et al. v. Findlay* (1981), 122 D.L.R. (3d) 377, le juge Carrothers décrit le titre ou droit indien grevant une réserve aux termes de la *Loi sur les Indiens* de la façon suivante (page 379): [TRADUCTION] «Ce droit légal d'usage, souvent qualifié par la jurisprudence d'usufruit (mauvais équivalent emprunté au droit romain), est un droit collectif commun conféré et dévolu aux membres de la bande indienne dans leur ensemble et non individuellement. Pour une analyse de la nature de ce droit de possession voir l'arrêt *St. Catherine's Milling & Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46.» Et, à propos de ce droit de possession que la bande indienne peut concéder à l'un de ses membres, il dit (pages 379 et 380): [TRADUCTION] «Je souligne que nous nous bornons à examiner le droit de possession ou d'occupation d'une partie de la réserve, droit sur une chose commune que la loi confère à l'ensemble de la bande indienne et qui peut, avec le consentement de la Couronne, être concédé en partie à des membres individuels de la bande, leur attribuant

“possessory right” and said at page 106: “This Act contains provisions under which a band’s possessory right in particular parts of a reserve may be vested in an individual Indian and thus attain, for all practical purposes, all the incidents of common law ownership of land in fee simple.”

Professor K. Lysyk (now Mr. Justice Lysyk), in his article, “The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder” (1973), 51 Can. Bar Rev. 450 at page 473, expressed the view that the Indian title amounts to a beneficial interest in the land. He drew this conclusion from the implication, in what was said in *St. Catherine’s Milling* and subsequent decisions of the Privy Council, which I have cited, concerning the effect of the extinguishment of Indian title, that until such extinguishment the beneficial interest in the land was not available to the province and only passed or reverted to the province upon the extinguishment of the Indian title. There is in my opinion much force in this view. For the reasons suggested by Viscount Haldane in *Amodu Tijani*, to which Professor Lysyk also makes reference, if the Indian title cannot be strictly characterized as a beneficial interest in the land it amounts to the same thing. It displaces the beneficial interest of the Crown. As such, it is a qualification of the title of the Crown of such content and substance as to partake, in my opinion, of the nature of a right of property. I am, therefore, of the opinion that it could be the subject of a trust.

I turn now to the question whether, in the light of the distinction affirmed in *Kinloch* and *Tito v. Waddell*, section 18 of the *Indian Act* and the surrender created a true trust, as contended by the respondents, or merely a trust “in the higher sense” or governmental obligation, as contended by the appellants. Before considering this issue it is

ainsi tous les principaux attributs de la propriété sur la parcelle concédée à l’exception du titre en *common law* sur le bien-fonds lui-même qui reste dévolu à la Couronne: *Brick Cartage Ltd. v. The Queen* [1965] 1 R.C.É. 102.» Dans l’arrêt *Brick Cartage*, le juge Cattanach parle du droit indien devant un terrain réservé conformément à la *Loi sur les Indiens* comme d’un [TRADUCTION] «droit de possession» et il dit, à la page 106: [TRADUCTION] «Cette Loi comporte des dispositions en vertu desquelles le droit de possession d’une bande indienne sur des lots particuliers de la réserve peut être dévolu à un individu et avoir ainsi, à toutes fins pratiques, tous les attributs de l’équivalent de la propriété absolue en *common law*.»

Le professeur K. Lysyk (maintenant le juge Lysyk) dans son article «The Indian Title Question in Canada: An Appraisal in the Light of Calder»*, (1973) 51 R. du B. Can. 450, à la page 473, dit que le titre indien équivaut à un droit de propriété en *equity* sur le bien-fonds. Il tire cette conclusion de ce qui a été dit dans l’arrêt *St. Catherine’s Milling* et des décisions ultérieures du Conseil privé (précitées) sur l’effet de l’extinction du titre indien: avant cette extinction, la propriété du terrain ne revient pas à la province; elle ne lui est transférée ou remise que par cette extinction du titre indien. Il y a, à mon avis, beaucoup de vrai dans cette opinion. Pour les raisons suggérées par le vicomte Haldane dans l’arrêt *Amodu Tijani*, également cité par le professeur Lysyk, si le titre indien ne peut strictement être qualifié de droit de propriété sur le terrain, il équivaut à la même chose. Il enlève à la Couronne les principaux attributs de la propriété. Il grève le titre de la Couronne à tel point qu’il est, à mon avis, très proche du droit de propriété. Je suis donc d’avis qu’il peut y avoir fiducie.

J’en viens maintenant à la question de savoir si, à la lumière de la distinction confirmée dans les arrêts *Kinloch* et *Tito v. Waddell*, l’article 18 de la *Loi sur les Indiens* et la cession ont créé une fiducie au sens strict, comme le soutiennent les intimés, ou au contraire s’ils n’ont établi qu’une fiducie «au sens large», c’est-à-dire une obligation

* N.D.T. [TRADUCTION] «La question du titre indien au Canada: une réévaluation à la lumière de l’arrêt Calder».

necessary to deal with the respondents' objection to the appellant's use of the expression "political trust" to characterize the responsibility of the Crown under the *Intian Act* and the surrender with respect to reserve land and surrendered land. The respondents sought to prevent the appellant from invoking this concept on the ground that it was a defence that is required by Rule 409 of the *Federal Court Rules* [C.R.C., c. 663] to be specifically pleaded. Having been informed before trial of the appellant's intention to argue "political trust", counsel for the respondents gave notice that he would be objecting on the ground that it had not been pleaded and he had not had an opportunity to examine for discovery with respect to it. After this objection was made at the trial, the Trial Judge gave the appellant leave to amend its defence to plead "political trust", with the respondents to have a right of discovery. He said: "It is my direction that if you want this amendment, either the Minister of Indian Affairs, if that is his title, or the Minister of Justice will appear for examination on discovery on that point." The appellant did not amend its defence to plead "political trust", and the Trial Judge made the following statement with respect to this issue in his reasons for judgment [at page 416]:

During argument in this case, counsel for the defendant sought to argue that if there were any trust at all, it was a "political trust", and only enforceable in Parliament. I do not know exactly what is meant by "political trust". Rand J., in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited v. The King* ([1950] S.C.R. 211), in referring to the *Indian Act*, used the expression "political trust". At page 219, he said:

But I agree that s. 51 requires a direction by the Governor in Council to a valid lease of Indians lands. The language of the statute embodies the accepted view that these aborigines [*sic*] are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. For that reason, every such dealing with their privileges must bear the imprint of governmental approval, and it would be beyond the power of the Governor in Council to transfer that responsibility to the Superintendent General.

Counsel for the plaintiffs objected to any argument being made on this point, because of the failure to plead it. I gave the defendant leave, on terms, to amend the defence to raise the point: if an amendment were made, then the plaintiffs would

gouvernementale, comme le prétend l'appelante. Avant d'aborder cette question, il faut statuer sur l'opposition des intimés à l'emploi par l'appelante de l'expression «fiducie politique» pour définir la responsabilité de la Couronne aux termes de la *Loi sur les Indiens* et de la cession dans le cas de terrains réservés et cédés. Les intimés veulent empêcher l'appelante de recourir à cette notion parce qu'il s'agirait d'une défense qui, aux termes de la Règle 409 des *Règles de la Cour fédérale* [C.R.C., chap. 663], aurait dû être expressément énoncée dans les écritures. Ayant été informé, avant l'instruction, de l'intention de l'appelante d'invoquer cette «fiducie politique», l'avocat des intimés a fait savoir qu'il s'y opposerait, parce que cet argument n'avait pas été expressément édicté et parce qu'il n'avait pas pu procéder à un interrogatoire préalable à ce sujet. Au vu de cette objection, le premier juge a autorisé l'appelante à réviser sa défense pour invoquer la «fiducie politique», les intimés ayant alors le droit de procéder à un interrogatoire préalable. Il dit: [TRADUCTION] «Mes directives sont les suivantes: si vous désirez cette modification, le ministre des Affaires indiennes, si tel est bien son titre, ou le ministre de la Justice, devront comparaître pour être interrogés au préalable sur cette question.» L'appelante n'a pas modifié sa défense pour plaider la «fiducie politique» et le juge de première instance a fait le commentaire suivant dans ses motifs [à la page 416]:

En plaidoirie, l'avocat de la défenderesse a tenté de soutenir que s'il existait une fiducie, ce ne pouvait être qu'une [TRADUCTION] «fiducie politique» («*political trust*») que seul le législateur pourrait sanctionner. Je ne comprends pas exactement ce que l'on entend par «fiducie politique». Le juge Rand, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Limited c. Le Roi* ([1950] R.C.S. 211), se référant à la *Loi sur les Indiens*, a employé l'expression [TRADUCTION] «obligation politique» («*political trust*»); à la page 219, il dit:

[TRADUCTION] Je conviens cependant que l'art. 51 requiert un ordre du gouverneur en conseil pour valider une concession de terre indienne. Le libellé de la loi consacre le principe acquis que les autochtones sont, en fait, des pupilles de l'État, dont la subsistance et le bien-être constituent une obligation politique du niveau le plus élevé. Pour cette raison, tout acte qui affecte leurs privilèges doit être marqué au coin de l'approbation gouvernementale, et le gouverneur en conseil commettrait un excès de pouvoir s'il déléguait cette responsabilité au surintendant général.

L'avocat des demandeurs s'est opposé à toute argumentation à ce sujet, motif pris que rien n'avait été articulé en ce sens dans les écritures. J'ai autorisé la défenderesse, selon des termes bien précis, à modifier sa défense pour soulever cette question.

have the right to examine for discovery the appropriate Minister of the Crown as to the facts on which the defendant relied in support of the plea. The defendant chose not to take advantage of the opportunity to amend the defence.

I therefore do not propose to deal further with the defence of "political trust".

At the hearing of the appeal the respondents argued that since the appellant had not appealed the Trial Judge's order giving leave to amend to plead "political trust", it was effectively prevented from relying on this concept in its contention that neither the *Indian Act* nor the surrender created a true trust. In my respectful opinion the objection is without merit. As I see it, the expression "political trust" is merely another way of referring to the trust "in the higher sense" that is spoken of in *Kinloch and Tito v. Waddell*. It is an argument of law that is open to the appellant in view of the denial, in its defence, that the Crown held the land or any interest therein in trust for the Band. It does not raise any new issue of fact.

In support of their contention that section 18 of the *Indian Act* and the surrender created a true trust, the respondents placed particular reliance on the decision of the Supreme Court of Canada in *Miller v. The King*, [1950] S.C.R. 168. The nature of the claims in that case, the issue that was before the Court, and the varying opinions of the members of the Court oblige me to deal with the analysis of the decision at some length. The appellant in that case brought a petition of right against the Crown for breach of trust and breach of contract in respect of Indian lands and the disposition of Indian moneys. There were three heads of claim: (a) failure to obtain compensation for the flooding of surrendered land; (b) the free grant of surrendered land to a navigation company without compensation to the Indians; and (c) the use of the proceeds of sale of surrendered land to purchase shares in the navigation company. The first two heads of claim were based on breach of trust. The third was based on the breach of a "contractual agreement" said to have been made between the Indians and the Government of Upper Canada whereby the Government was to sell the surrendered lands, receive the purchase money, and hold the same for the support of the Indians. The judgment of the Supreme Court of Canada was on

Mais s'il y avait modification, les demandeurs devenaient alors en droit d'interroger au préalable le ministre de la Couronne responsable au sujet des faits sur lesquels la défenderesse fonde son argument. La défenderesse a en conséquence choisi de ne pas se prévaloir de cette possibilité de modifier la défense.

Je ne traiterai donc pas plus avant de la défense de «fiducie politique».

À l'audition de l'appel, les intimés ont soutenu que, puisque l'appelante n'avait pas formé appel de l'ordonnance du juge de première instance autorisant la modification afin de plaider la «fiducie politique», il lui était en fait interdit d'invoquer cette notion lorsqu'elle prétendait que ni la *Loi sur les Indiens* ni la cession n'avaient créé de fiducie au sens strict. À mon avis, cette exception est sans fondement. L'expression «fiducie politique» n'est qu'une autre façon de parler de la fiducie «au sens large» que mentionnent les arrêts *Kinloch et Tito v. Waddell*. C'est un moyen de droit ouvert à l'appelante par sa défense, puisqu'elle nie que la Couronne détenait en fiducie pour la bande indienne le bien-fonds ou un droit sur celui-ci. Cela ne soulève aucune nouvelle question de fait.

À l'appui de leur prétention que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* et la cession ont constitué une fiducie au sens strict, les intimés invoquent plus particulièrement l'arrêt de la Cour suprême du Canada *Miller v. The King* [1950] R.C.S. 168. La nature des demandes et le litige dont la Cour était saisie et les divergences d'opinions des juges m'obligent à faire une analyse détaillée de cette décision. L'appelant avait présenté une pétition de droit contre la Couronne pour manquement à une fiducie et inexécution d'un contrat à l'égard de terres indiennes et de la façon dont on avait disposé de sommes d'argent appartenant aux Indiens. La demande faisait valoir trois moyens: a) l'absence d'indemnisation pour les terres cédées inondées; b) l'aliénation à titre gratuit des terres cédées à une compagnie de navigation sans indemnité pour les Indiens; c) l'emploi du produit de la vente du bien-fonds cédé pour l'achat d'actions de la compagnie de navigation. Les deux premiers moyens étaient fondés sur le manquement à une fiducie. Le troisième, sur l'inexécution de [TRA-DUCTION] «une entente contractuelle» entre les Indiens et le gouvernement du Haut-Canada, en vertu de laquelle le gouvernement devait vendre les terres cédées, recevoir le prix d'achat et l'employer au bien-être des Indiens. La Cour suprême du

a preliminary question of law as to whether, assuming the truth of the allegations of the petition of right when read with the particulars, a petition of right would lie against the Crown for the relief sought. The Court held that a petition of right would not lie for the first two heads of claim because any breach of trust, if it occurred, took place before the Province of Canada was formed by *The Union Act, 1840* [3 & 4 Vict., c. 35 (U.K.); R.S.C. 1970, Appendix II, No. 4], and the liability, if any, was not liability for which Canada was responsible under section 111 of *The British North America Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.); R.S.C. 1970, Appendix II, No. 5]. The Court held that a petition of right would lie for the third head of claim since the money for the shares in the navigation company was paid by the Government of the Province of Canada. Kerwin J. (as he then was), with whom Rand J. concurred, did not refer to the question of trust. Kellock J., with whom Taschereau J. (as he then was) concurred, referred at considerable length to the question whether the Crown could in principle be a trustee and to the question whether a petition of right would lie against the Crown for breach of trust. It is on his opinion that the respondents particularly rely. The appellant in *Miller v. The King* alleged not only that a trust was created by the surrender, but that the Department of Indian Affairs was from the time of its origins in 1784 an express trustee of the Indian lands and Indian moneys for the benefit of the Indians. Kellock J. treated these allegations of trust as pertinent to the third claim, presumably as a basis additional to the alleged "contractual agreement". He referred [at page 175] to the dictum of Lord Atkin in *Civilian War Claimants*, to statements by Lord Selborne L.C. in *Kinloch*, including the distinction between a trust "in the lower sense" and a trust "in the higher sense", and to *Lewin on Trusts* [14th ed., page 25] as authority for the conclusion, as I read his reasons, that the Crown may in principle act as a trustee. He then considered the question whether a subject may enforce a trust against the Crown, and he concluded that the Exchequer Court had jurisdiction to entertain a petition of right against the Crown for breach of trust. With respect, I do not read the reasons of Kellock J. as intended to express a concluded opinion that on the facts as alleged a true trust was created either by the surrender or the legislation governing the Depart-

Canada devait se prononcer sur la question préliminaire de droit suivante: à supposer que les allégations de la pétition de droit soient exactes, compte tenu des détails fournis, y avait-il lieu à a pétition de droit contre la Couronne pour le redressement demandé? La Cour jugea qu'il n'y avait pas lieu à pétition de droit dans le cas des deux premiers moyens parce que, s'il y avait eu manquement à une fiducie, il était antérieur à la constitu- b tion de la Province du Canada par l'*Acte d'Union, 1840* [3 & 4 Vict., chap. 35 (R.-U.); S.R.C. 1970, Appendice II, n° 4], et que, s'il y avait responsabilité, elle ne pouvait pas être imputée au Canada en vertu de l'article 111 de l'*Acte de l'Amérique du c Nord britannique, 1867* [30 & 31 Vict., chap. 3 (R.-U.); S.R.C. 1970, Appendice II, n° 5]. En revanche, il y avait lieu à pétition de droit dans le cas du troisième moyen puisque les sommes d'argent versées pour l'achat des actions de la compa- d gnie de navigation l'avaient été par le gouvernement de la Province du Canada. Le juge Kerwin (tel était alors son titre), appuyé par le juge Rand, n'a pas évoqué la question de la fiducie. Le juge Kellock, appuyé par le juge Taschereau (tel était e alors son titre), s'est étendu longuement sur la question de savoir si la Couronne pouvait, en théorie, être fiduciaire et sur celle de savoir s'il y avait lieu à pétition de droit contre la Couronne pour manquement à une fiducie. C'est sur l'opinion qu'il f a exprimée que les intimés s'appuient tout particulièrement. L'appelant dans l'arrêt *Miller v. The King* soutenait non seulement que la cession avait créé une fiducie, mais que dès son origine, en 1784, le ministère des Affaires indiennes avait été g expressément constitué fiduciaire des terres et des deniers des Indiens, pour leur bénéfice. Le juge Kellock a jugé pertinentes ces allégations concernant l'existence d'une fiducie dans le cas du troisième moyen, apparemment comme un fondement h accessoire à l'«entente contractuelle» alléguée. Il a cité [à la page 175] lord Atkin dans l'arrêt *Civilian War Claimants*, lord Selborne, lord Chancelier, dans l'arrêt *Kinloch*, et en particulier la distinction faite entre une fiducie «au sens strict» et i une fiducie «au sens large», et l'ouvrage de *Lewin on Trusts* [14^e éd., page 25] pour justifier sa conclusion, si je comprends bien ses motifs, que la j Couronne pouvait en principe agir comme fiduciaire. Il s'est alors demandé si le sujet pouvait faire sanctionner une fiducie contre la Couronne et a conclu que la Cour de l'Échiquier était compé-

ment of Indian Affairs. The reference to *Kinloch* was apparently in support of the conclusion that the Crown may in principle be a trustee. In the course of his reasons he said at page 174, "It is said that reference to the Crown (presumably in documents or statutes) as trustee for the Indians and to the Indians as wards of His Majesty is not a technical use of such terms but such references are merely descriptive of the general political relationship between His Majesty and the Indians", but he did not address that contention. That he was assuming the facts might justify a finding of trust for purposes of the question whether the Court could grant the relief sought is suggested by the following statement at page 177: "I see no more difficulty in the present instance, should the facts warrant, in making a declaration that the moneys in the hands of the Crown are trust moneys and that the appellant and those upon whose behalf he sues are cestuis que trust, even although the court could not direct the Crown to pay." At page 179 he said, "Although the matters present relations of the nature of a trust, they contain likewise the ordinary elements of a contract", but at page 180 he said that the precise legal position of the Crown would have to be determined upon the basis of the evidence at trial: "When the history of the dealings from time to time with the Indian moneys subsequent to their receipt is disclosed from the official records, the court will be in a position to say what was and is the position and obligations in law of the Crown with respect to the moneys in question. For that purpose the matter must go to trial." Locke J., the fifth member of the Court, said at page 182 that the question whether a petition of right lay against the Crown for any of the relief sought "has been treated properly, in my opinion, as raising also the question as to whether the Petition of Right discloses any cause of action, and the matter has been disposed of by the learned trial judge upon this footing." As to the cause of action in respect of the third head of claim, he clearly indicated at page 186 that he considered it to be the alleged breach of the "contractual agreement": "It is further in the same paragraph alleged that the Government of Upper Canada was to hold the proceeds of the sale of the lands for the purpose of assuring to the suppliants and their posterity an annuity for their future support and that the moneys paid out for the Grand River Navigation Company stock were so paid without

tente pour connaître d'une pétition de droit contre la Couronne fondée sur le manquement à une fiducie. Avec déférence, je ne pense pas que, dans ses motifs, le juge Kellock a voulu conclure expressément que, selon les faits articulés, il y avait eu création d'une fiducie au sens strict, à la suite de la cession ou en vertu de la loi régissant le ministère des Affaires indiennes. La mention de l'arrêt *Kinloch* appuyait apparemment la conclusion que la Couronne pouvait en principe agir comme fiduciaire. Dans ses motifs, il déclarait à la page 174: [TRADUCTION] «On dit que l'application à la Couronne (vraisemblablement dans des documents ou des lois) de l'expression «fiduciaire des Indiens» et aux Indiens eux-mêmes de «pupilles de Sa Majesté» ne constitue pas un emploi technique de ces termes mais une simple description de la relation politique générale existant entre Sa Majesté et les Indiens»; cependant il n'a pas répondu à cet argument. Sans doute a-t-il présumé que les faits justifiaient de constater qu'il y avait fiducie à la seule fin de déterminer si la Cour pouvait faire droit au recours, comme le passage suivant (page 177) le laisse entendre: [TRADUCTION] «Je ne vois pas pourquoi en l'espèce, si les faits le justifient, on ne pourrait dire que l'argent aux mains de la Couronne lui est confié en fiducie et que l'appellant, et ceux qu'il représente, sont bénéficiaires [cestuis que trust], même si la cour ne peut enjoindre à la Couronne de payer.» À la page 179, il dit: [TRADUCTION] «Quoique l'affaire présente des liens de la nature d'une fiducie, elle comporte aussi les éléments ordinaires du contrat»; mais, à la page 180, il ajoute que la situation juridique précise de la Couronne doit être déterminée en fonction de ce qui est établi à l'instruction: [TRADUCTION] «Lorsque l'historique de l'usage qui a été fait, à diverses époques, de l'argent des Indiens ainsi remis, sera retracé grâce aux archives officielles, la cour sera en mesure de définir la situation et les obligations juridiques, actuelles et passées, de la Couronne vis-à-vis de ces sommes. Pour cela, l'affaire doit être instruite.» Le juge Locke, cinquième membre de la Cour, dit, à la page 182, qu'à son avis, la question de savoir s'il y avait lieu à pétition de droit contre la Couronne aux fins du redressement demandé [TRADUCTION] «a été considérée à bon droit comme soulevant aussi la question de savoir si la pétition de droit révélait une cause d'action; l'affaire a été décidée par le premier juge dans cette optique». Quant à l'existence d'une cause au

authority from the Indians in breach of the agreement between them and the Crown, and in so far as this relates to the moneys disbursed by the Government of the Province of Canada I am of the opinion that a cause of action against that Province is disclosed." At page 186 he expressed his concurrence with what was said by Kellock J. on the question of jurisdiction as follows: "As to the second branch of the question, I am of opinion that a petition of right lies for the above mentioned part of the relief claimed and that there is jurisdiction in the Exchequer Court for the reasons stated by my brother Kellock."

Thus, in so far as it was necessary for the Court to find that the Petition of Right disclosed a cause of action in respect of the third head of claim, the majority found a sufficient cause of action in the alleged breach of contract, as distinct from breach of trust. It should also be noted that the third head of claim involved an obligation respecting the application of Indian moneys, so that the observations of Kellock J. on the subject of trust must be seen in this context. They do not relate to the question whether section 18 of the *Indian Act* or a conditional surrender impose an equitable obligation to deal with reserve or surrendered land in a certain way.

In the present case the Trial Judge quoted from *Tito v. Waddell* with reference to the distinction relied on by the appellant, but he did not state why, having regard to that distinction and the reasoning in *Kinloch* and *Tito v. Waddell*, he arrived at the conclusion that the surrender created a true trust. He expressed his reasons for that conclusion as follows [at pages 415-416]:

The surrender documents (Ex. 53), themselves, set out that the 162 acres were surrendered to the Crown, to be held by it "... forever in trust to lease ...". The *Indian Act* contemplates, as I see it, the defendant becoming a trustee, in the legal

troisième volet de la demande, le juge indique clairement, à la page 186, qu'il la trouve dans l'allégation d'inexécution de l'«entente contractuelle»: [TRADUCTION] «En outre, le même paragraphe allègue que le gouvernement du Haut-Canada devait conserver le produit de la vente des terrains pour constituer une rente au profit des pétitionnaires et de leur postérité, et que les sommes versées pour acheter des actions de la Grand River Navigation Company, l'ont été sans l'autorisation des Indiens, contrairement à l'entente conclue entre eux et la Couronne; dans la mesure où sont visées les sommes déboursées par le gouvernement de la Province du Canada, je suis d'avis qu'il existe une cause d'action contre la province.» À la page 186, il s'est déclaré en accord avec ce qu'avait dit le juge Kellock sur la question de la compétence: [TRADUCTION] «Quant au second volet de la question, je suis d'avis qu'il y a lieu à pétition de droit dans le cas du moyen précité et que la Cour de l'Échiquier est compétente par les motifs exposés par mon collègue, le juge Kellock.»

Ainsi, dans la mesure où il était nécessaire pour la Cour de conclure que la pétition de droit révélait une cause d'action dans le cas du troisième moyen, la majorité a jugé que l'allégation d'inexécution d'un contrat, par opposition au manquement à une fiducie, était une cause suffisante. On devrait aussi noter que le troisième moyen visait l'obligation relative à l'emploi des deniers indiens, de sorte que les commentaires du juge Kellock sur la question de la fiducie doivent être considérés dans ce contexte. Il ne parlait pas de la question de savoir si l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* ou une cession conditionnelle imposaient une obligation d'*equity* de traiter le terrain réservé ou cédé d'une certaine manière.

En la présente espèce, le premier juge cite l'arrêt *Tito v. Waddell* au sujet de la distinction qu'invoque l'appelante; mais il n'explique pas comment cette distinction et le raisonnement suivi dans les arrêts *Kinloch* et *Tito v. Waddell* l'ont amené à conclure que la cession constituait une fiducie au sens strict. Voici ce qu'il dit [aux pages 415 et 416]:

Les actes de cession (pièce 53) eux-mêmes énoncent expressément que les 162 acres seront cédées à la Couronne «... définitivement, en fiducie, pour location ...». La *Loi sur les Indiens* prévoit, selon mon interprétation, que la défenderesse

sense, for Indian bands. In the statute, there are references to land being held by the Crown for the use and benefit of bands, and moneys being held by the Crown for the use and benefit of bands. (See paragraphs 2(1)(a), (h), (o).) Section 18, for example, provides that reserves are held for the use and benefit of the bands. Similarly, subsection 61(1) provides that "Indian moneys" are held by the Crown for the use and benefit of Indians or bands. All of the above, in my opinion, supports the conclusion of a trust, enforceable in the courts.

Kinloch, Tito v. Waddell and Town Investments Ltd. indicate that in a public law context neither the use of the words "in trust" nor the fact that property is to be held or dealt with in some manner for the benefit of others is conclusive of an intention to create a true trust. The respondents insisted that the facts in *Kinloch, The Hereford Railway* and *Tito v. Waddell* are quite different and distinguishable from the facts in the present case. There can be no doubt of that, but the distinction that is affirmed in those cases and the policy considerations which underly it are relevant to the issue in the present case.

The appellant laid particular stress on the discretion conferred on the Government by section 18 of the *Indian Act* as indicating that it could not have been intended to create an equitable obligation, enforceable in the courts, to deal with the reserve land in a particular manner. Section 18 provides, as we have seen, that "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." Discretion, it will be recalled, was a significant factor in *Kinloch, The Hereford Railway*, and *Tito v. Waddell* as indicating, in the opinion of the courts, an intention to exclude the equitable jurisdiction of the courts. In *Kinloch* it was the authority conferred on the Secretary of State to determine questions of doubt touching the distribution of the booty in a final and conclusive manner, subject to it being ordered otherwise by Her Majesty. In *The Hereford Railway* it was the discretion as to whether to grant a subsidy for railway construction. In *Tito v. Waddell* it was the proviso in the 1928 mining ordinance that the obligation or duty of the Resident Commissioner was "subject to such directions as the Secretary of

peut devenir fiduciaire, au sens juridique, des bandes indiennes. Elle mentionne que la Couronne possède certains biens-fonds pour l'usage et le profit des bandes indiennes et certaines sommes d'argent pour leur usage et profit. (Voir les alinéas 2(1)a, h) et o.) L'article 18, par exemple, dispose que les réserves sont détenues pour l'usage et au profit des bandes indiennes. De même, le paragraphe 61(1) mentionne les «deniers des Indiens» que la Couronne détient pour l'usage et le profit des Indiens ou des bandes indiennes. Tout ce qui précède, à mon avis, va dans le sens de l'existence d'une fiducie, que sanctionnent les tribunaux.

b

Les arrêts *Kinloch, Tito v. Waddell* et *Town Investments Ltd.* montrent que, dans un contexte de droit public, ni l'emploi de l'expression «en fiducie», ni la saisine d'un bien devant être employé de quelque manière au profit d'un tiers, ne permettent de conclure à l'intention de créer une fiducie au sens strict. Les intimés ont affirmé que les faits dans les arrêts *Kinloch, The Hereford Railway* et *Tito v. Waddell* étaient très différents et pouvaient être distingués de ceux de la présente espèce. Cela est certain, mais la distinction établie par cette jurisprudence et les considérations de politique qui la sous-tendent sont pertinentes en l'espèce.

e

L'appelante a mis l'accent sur le pouvoir discrétionnaire que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* confère au gouvernement, soutenant qu'il démontre bien l'absence d'intention de créer une obligation d'*equity*, sanctionnée par les tribunaux, d'administrer les terrains des réserves d'une certaine manière. L'article 18 prévoit, comme nous l'avons vu: «sauf la présente loi et les 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». L'existence d'un pouvoir discrétionnaire, on se le rappellera, s'est révélée un facteur déterminant dans les arrêts *Kinloch, The Hereford Railway* et *Tito v. Waddell*, car, selon les tribunaux saisis, il indiquait l'intention d'exclure la compétence d'*equity* des tribunaux. Dans l'arrêt *Kinloch*, il s'agissait du pouvoir conféré au Secrétaire d'État de trancher les questions litigieuses relatives au partage du butin d'une manière définitive et concluante, sous réserve d'ordre contraire de Sa Majesté. Dans l'arrêt *The Hereford Railway*, du pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une subvention pour la construction d'un chemin de fer. Dans l'arrêt *Tito v. Waddell*, de la disposition de l'or-

State for the Colonies may from time to time give.” In my opinion the discretionary authority conferred by section 18 on the Governor in Council, or Government, to determine whether a particular purpose for which land in a reserve is to be used is one for the use and benefit of the Band indicates, much as the discretion that was conferred on the Secretary of State in *Kinloch*, that it is for the Government and not the courts to determine what is for the use and benefit of the Band. That provision is incompatible, in my opinion, with an intention to impose an equitable obligation, enforceable in the courts, to deal with the land in the reserve in a certain manner, and particularly, an obligation to develop or exploit the reserve so as to realize its potential as a source of revenue for the Band, which is in essence the obligation that is invoked in the present case.

The respondents, as did the Trial Judge, stressed the importance of the words “use and benefit” in subsection 18(1), as it was during the relevant period: “Subject to the provisions of this Act, reserves shall be held by Her Majesty for the use and benefit of the respective bands for which they were set apart . . .”. The words “use and benefit” appear in several definitions and other sections of the Act. A “reserve” is defined in section 2 as “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”. A “band” means a body of Indians “for whose use and benefit in common, lands, the legal title to which is vested in Her Majesty, have been set apart before, on or after the 4th day of September 1951.” “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.” Section 36 provides: “Where lands have been set apart for the use and benefit of a band and legal title thereto is not vested in Her Majesty, this Act applies as though the lands were a reserve within the meaning of this Act.” Section 37 provides: “Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be sold, alienated, leased or other-

donnance de 1928 sur les mines selon laquelle l’obligation du commissaire résident était subordonnée aux «directives que le Secrétaire d’État aux Colonies pourra donner». À mon avis, le pouvoir discrétionnaire que l’article 18 confère au gouverneur en conseil, c’est-à-dire au gouvernement, de décider si l’objet pour lequel les terres d’une réserve doivent être utilisées est dans le meilleur intérêt de la bande, montre bien, comme le pouvoir discrétionnaire conféré au Secrétaire d’État dans l’arrêt *Kinloch*, que c’est au gouvernement et non aux tribunaux qu’il appartient de décider ce qui est dans le meilleur intérêt des bandes indiennes. Cette disposition est incompatible, à mon avis, avec l’intention d’imposer une obligation d’*equity*, sanctionnée par les tribunaux, d’employer le terrain d’une réserve d’une certaine manière, et plus particulièrement, avec l’obligation d’aménager ou d’exploiter la réserve de façon à la mettre en valeur pour en faire une source de revenu pour la bande indienne, ce qui est essentiellement l’obligation qui a été invoquée en l’espèce.

Les intimés, comme le premier juge, ont souligné l’importance des termes «à l’usage et au profit» au paragraphe 18(1) en vigueur à l’époque en cause: «Sauf les 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 . . .» Les termes «à l’usage et au profit» se retrouvent dans plusieurs définitions et dans d’autres articles de la Loi. Aux termes de la définition de l’article 2, «réserve» désigne «une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu’Elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande». «Bande» désigne un groupe d’Indiens «à l’usage et au profit communs desquels, des terres, dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté, ont été mises de côté avant ou après le 4 septembre 1951». «Terres cédées» désigne «une réserve ou partie d’une réserve, ou tout intérêt y afférent, dont le titre juridique demeure attribué à Sa Majesté et que la bande à l’usage et au profit de laquelle il avait été mis de côté a abandonné ou cédé». L’article 36 porte: «Lorsque des terres ont été mises de côté à l’usage et au profit d’une bande et que le titre juridique y relatif n’est pas dévolu à Sa Majesté, la présente loi s’applique comme si les terres étaient une réserve, selon la définition qu’en donne cette loi.» L’article 37 dispose: «Sauf dispositions con-

wise disposed of until they have been surrendered to Her Majesty by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart." The words "use and benefit" in these provisions simply refer to the nature or purpose of the executive act by which lands are reserved for the Indians—they are set apart for their use and benefit. This is the sense, in my opinion, in which these words are used in subsection 18(1). Although the legal title in the land is vested in the Crown, and the federal Government has a power of control and management over the reserve by virtue of its constitutional jurisdiction with respect to lands reserved for the Indians, the land is to be held by the Crown (that is, controlled and managed) as a reserve (that is, for the use and benefit of the Indians). To the extent that subsection 18(1) implies any obligation at all it is an obligation to make the reserve available for the exercise and enjoyment of the Indian right of occupation or possession, but not an obligation to deal with the land in the reserve in any particular manner. There are other indications in the Act besides the discretionary authority conferred on the Governor in Council by section 18 that the responsibility for a reserve is governmental in character. The Act confers on the Minister, the Governor in Council, and the band council certain powers of a local government nature for the management of the reserve. See, for example, sections 18(2), 19, 57, 58, 73(1) and 81. The Governor in Council has a discretionary authority under subsection 60(1) to "grant to the band the right to exercise such control and management over lands in the reserve occupied by that band as the Governor in Council considers desirable." All of this, it seems to me, clearly excludes an intention to make the Crown a trustee in a private law sense of the land in a reserve. How the Government chooses to discharge its political responsibility for the welfare of the Indians is, of course, another thing. The extent to which the Government assumes an administrative or management responsibility for the reserves of some positive scope is a matter of governmental discretion, not legal or equitable obligation. I am, therefore, of the opinion that section 18 of the *Indian Act* does not afford a basis for an action for breach of trust in the management or disposition of reserve lands.

traies de la présente loi, les terres dans une réserve ne doivent être vendues, aliénées ni louées, ou il ne doit en être autrement disposé, que si elles ont été cédées à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.» Les termes «à l'usage et au profit», dans ces dispositions, ne visent que la nature ou l'objet de l'acte de l'exécutif par lequel les terres sont réservées pour les Indiens—elles sont conservées à leur usage et profit. C'est le sens, à mon avis, de ces termes au paragraphe 18(1). Quoique le titre de propriété en *common law* du terrain soit dévolu à la Couronne, et que le gouvernement fédéral détienne le pouvoir de contrôle et d'administration de la réserve en vertu de sa compétence constitutionnelle relative aux terres réservées pour les Indiens, la Couronne a la saisine du bien-fonds (c'est-à-dire qu'elle le contrôle et l'administre), en tant que réserve (c'est-à-dire à l'usage et au profit des Indiens). Si le paragraphe 18(1) impose quelque obligation, c'est l'obligation de tenir la réserve à la disposition des Indiens pour qu'ils puissent exercer leur droit d'occupation ou de possession, non une obligation d'employer le terrain de la réserve à quelque fin particulière. Outre le pouvoir discrétionnaire conféré au gouverneur en conseil par l'article 18, la Loi indique en d'autres occasions que la responsabilité de la réserve est de nature gouvernementale. La Loi attribue au Ministre, au gouverneur en conseil et au conseil de bande, certains pouvoirs d'administration de la réserve qui participent de la nature d'un gouvernement local. Voir, par exemple, les articles 18(2), 19, 57, 58, 73(1) et 81. Le gouverneur en conseil a le pouvoir discrétionnaire, en vertu du paragraphe 60(1), d'accorder [à la bande indienne] le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, tels contrôle et administration qu'il estime désirables». Tout ceci, à mon avis, exclut manifestement l'intention de rendre la Couronne fiduciaire, au sens du droit privé, du terrain de la réserve. La façon dont le gouvernement choisit de s'acquitter de sa responsabilité politique d'assurer le bien-être des Indiens est, naturellement, une toute autre chose. L'étendue de la responsabilité administrative ou de gestion que le gouvernement assume envers les réserves est une question de discrétion gouvernementale, non une obligation de *common law* ou d'*equity*. Je suis donc d'avis que l'article 18 de la *Loi sur les Indiens* ne saurait constituer le fondement d'une action pour manque-

I do not find it necessary to express an opinion as to whether there is an obligation or duty with respect to the application of the revenue from a lease for the benefit of the band, and if so, what is its nature and extent. That would depend on the terms of the surrender with reference to this point and the provisions in sections 61 and following of the Act respecting the management of Indian moneys. In my opinion the question whether there is an obligation or duty to deal with reserve or surrendered land in a certain manner is not subject to the same considerations, despite certain parallels in the wording of subsections 18(1) and 61(1) of the Act.

The discretionary authority conferred by the surrender "to lease the same to such person or persons, and upon such terms as the Government of Canada may deem most conducive to our Welfare and that of our people" is not a statutory discretion, strictly speaking, but it may be regarded as a statutorily authorized qualification of the power of control and management under the Act. A conditional surrender is expressly provided for by the Act, and the Act makes the statutory authority of the Government to control and manage a reserve subject to the terms of any surrender. A surrender is part of the statutory scheme and giving effect to a surrender is part of the governmental functions under the Act. Section 41 of the Act provides: "A surrender shall be deemed to confer all rights that are necessary to enable Her Majesty to carry out the terms of the surrender." Upon a surrender, which is the giving up of the Indian title or interest in reserve land, the land becomes "surrendered land", as defined by the Act, and subject to the continuing control and management of the federal Government in accordance with the terms of the Act and the surrender. Subsection 53(1) of the Act, under the heading "Management of Reserves and Surrendered Lands", provides: "The Minister or a person appointed by him for the purpose may manage, sell, lease or otherwise dispose of surrendered lands in accordance with this Act and the terms of the surrender." This provision confirms in my opinion that a conditional surrender for the purpose of leasing land in a reserve is intended to

ment à une fiducie dans l'administration ou l'aliénation de terrains réservés.

Je n'estime pas nécessaire d'exprimer un avis sur l'existence de l'obligation ou du devoir d'employer le loyer au profit de la bande indienne ni, dans l'affirmative, sur sa nature et sa portée. Cela dépendrait des conditions de la cession à ce sujet et des dispositions des articles 61 et suivants de la Loi relatifs au bon emploi des deniers des Indiens. À mon avis, la question de savoir s'il y a obligation ou devoir d'administrer d'une certaine manière une réserve ou un terrain cédé n'est pas soumise aux mêmes considérations malgré un certain parallélisme dans la rédaction des paragraphes 18(1) et 61(1) de la Loi.

Le pouvoir discrétionnaire que la cession confère aux fins de «location à celui ou à ceux, et aux conditions, que le gouvernement du Canada jugera les plus favorables à notre bien-être et à celui de notre peuple» n'est pas un pouvoir discrétionnaire légal à proprement parler; c'est plutôt une restriction apportée au pouvoir légal de saisine et d'administration. La Loi prévoit expressément qu'une cession peut être conditionnelle et elle donne au gouvernement la saisine de la réserve et le pouvoir de l'administrer conformément aux conditions de toute cession. Une cession fait partie du plan législatif et l'une des attributions du gouvernement, en vertu de cette Loi, est de lui donner effet. L'article 41 de la Loi dispose: «Une cession est censée conférer tous les droits nécessaires pour permettre à Sa Majesté de remplir les conditions de la cession.» Au moment de la cession, c'est-à-dire de l'abandon du titre ou droit indien grevant le terrain de la réserve, l'immeuble devient une «terre cédée» aux termes de la Loi, assujettie à la saisine et à l'administration continues du gouvernement fédéral, conformément aux termes de la Loi et de la cession. Le paragraphe 53(1) de la Loi, sous la rubrique «Administration des réserves et des terres cédées» porte: «Le Ministre ou une personne nommée par lui à cette fin peut administrer, vendre, louer ou autrement aliéner les terres cédées en conformité de la présente loi et des conditions de la cession.» Cette disposition confirme mon opinion qu'une cession conditionnelle d'un terrain de la réserve, à des fins de location, a pour but d'attribuer le pouvoir de louer et non d'imposer

confer an authority to lease and not to impose an obligation or duty to do so. The surrender is made conditional upon the making of a lease in accordance with its terms, but it cannot have been intended that the Crown should have a trustee's duty or equitable obligation to make a lease. It cannot have been intended that a surrender, which is part of the statutory scheme, should make such a fundamental change in the nature of the Crown's responsibility for the management and disposition of land in a reserve.

The words "in trust" have been used in surrenders for well over one hundred years. They have been in general use with reference to the governmental responsibility for Indian lands. As we have seen, they appear in Article 13 of the Terms of Union upon which British Columbia was admitted into Canada, in section 93 of the *Land Act*, R.S.B.C. 1936, c. 144, pursuant to which the Musqueam Reserve was conveyed by the Province to the Dominion, and in the provincial Order in Council which conveyed the reserve. The words used in the three provisions are "in trust for the use and benefit of the Indians". The words "in trust" add little to the words "for the use and benefit of" as descriptive of the purpose for which a reserve is set aside, except possibly to emphasize the importance of the political or governmental responsibility for such land. They could not have been intended to make the Crown in right of the Dominion a trustee, in the private law sense, of the land in the reserve. As in section 18 of the *Indian Act*, the provincial Order in Council expressly provides for the discretionary authority of the Dominion Government to determine what use of the land is in the interest of the Indians. Within this context of statute and intergovernmental agreement it is my opinion that the words "in trust" in the surrender document were intended to do no more than indicate that the surrender was for the benefit of the Indians and conferred an authority to deal with the land in a certain manner for their benefit. They were not intended to impose an equitable obligation or duty to deal with the land in a certain manner. For these reasons I am of the opinion that the surrender did not create a true trust and does not, therefore, afford a basis for liability based on a breach of trust.

une obligation ou un devoir en ce sens. La cession est conditionnelle à la passation d'un bail conforme à ses stipulations, mais on ne peut avoir voulu imposer à la Couronne un devoir de fiduciaire ou une obligation en *equity* de conclure un bail. L'intention ne pouvait pas être de modifier fondamentalement, par le biais d'une cession qui fait partie de l'économie de la loi, la nature de la responsabilité de la Couronne en matière d'administration et d'aliénation des terrains de la réserve.

Les mots «en fiducie» sont employés dans les actes de cession depuis plus de cent ans. Ils l'ont été en général au sujet de la responsabilité du gouvernement à l'égard des terres des Indiens. Comme nous l'avons vu, ils apparaissent à la clause 13 des Conditions de l'Union de la Colombie-Britannique au Canada, à l'article 93 du *Land Act*, R.S.B.C. 1936, chap. 144, en vertu duquel la réserve Musqueam a été cédée par la province au Dominion, et dans le décret provincial qui opère ce transport de la réserve. L'expression employée dans ces trois dispositions est «au nom et pour le bénéfice» des Indiens. Les termes «en fiducie» ajoutent peu à l'expression «au nom et pour le bénéfice de» lorsqu'il s'agit de décrire l'objet pour lequel la réserve est constituée, si ce n'est peut-être qu'ils soulignent l'importance de la responsabilité politique ou gouvernementale attachée à la prise en charge de ce territoire. Ils ne pouvaient avoir pour but de faire de la Couronne du chef du Dominion le fiduciaire, au sens du droit privé, des terrains réservés. Comme dans l'article 18 de la *Loi sur les Indiens*, le décret provincial confère expressément au gouvernement du Dominion le pouvoir discrétionnaire de déterminer quel usage du bien-fonds sert au mieux l'intérêt des Indiens. Dans le contexte de cette loi et de l'accord entre les gouvernements, je suis d'avis que les termes «en fiducie» dans l'acte de cession n'avaient d'autre but que d'indiquer que celle-ci était faite pour le profit des Indiens et qu'elle conférait le pouvoir d'employer le bien-fonds d'une manière ou d'une autre à leur profit. On n'entendait pas imposer une obligation ou un devoir en *equity* d'employer le terrain d'une certaine façon. Pour ces raisons, je suis d'avis que la cession n'a pas créé de fiducie au sens strict et qu'en conséquence elle ne saurait autoriser la reconnaissance d'une responsabilité quelconque fondée sur un manquement à cette fiducie.

This is sufficient to dispose of the issue of liability, and it is unnecessary for me to express an opinion on the appellant's other contentions with respect to liability, namely, that there was no breach of trust, that an action will not lie against the Crown for vicarious liability for breach of trust by servants of the Crown, that the respondents' action is barred by the statute of limitations, and that relief should be refused on the ground of laches.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgment of the Trial Division and dismiss the respondents' action, the whole with costs in this Court and in the Trial Division. The cross-appeal will be dismissed with costs.

HEALD J.: I concur.

CULLITON D.J.: I concur.

Cela suffit à trancher la question de la responsabilité, aussi n'est-il pas nécessaire pour moi d'exprimer une opinion sur les autres moyens relatifs à la responsabilité soumis par l'appelante, dans lesquels elle nie le manquement à la fiducie et affirme que la Couronne ne peut être poursuivie en responsabilité pour la faute de ses préposés, en l'occurrence un manquement à une fiducie, et que l'action des intimés est prescrite et tardive.

Par ces motifs, je ferais droit à l'appel, reformerais le jugement de première instance et rejetterais l'action des intimés, le tout avec dépens en cette instance comme en la première. L'appel incident est rejeté avec dépens.

LE JUGE HEALD: Je souscris.

LE JUGE SUPPLÉANT CULLITON: Je souscris.