

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts and John Henderson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaykum Indian Band (also known as the Campbell River Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu and James D. Wilson, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Respondents/Appellants*

and between

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite, and Lloyd Chickite, suing on their own behalf and on behalf of all other members of the Wewaikai Indian Band (also known as the Cape Mudge Indian Band) *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario, the Attorney General of British Columbia, the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band *Intervenors*

INDEXED AS: WEWAYKUM INDIAN BAND v. CANADA

Neutral citation: 2002 SCC 79.

Roy Anthony Roberts, C. Aubrey Roberts et John Henderson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaykum (également connue sous le nom de Bande indienne de Campbell River) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu et James D. Wilson, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Intimés/Appellants*

et entre

Ralph Dick, Daniel Billy, Elmer Dick, Stephen Assu, Godfrey Price, Allen Chickite et Lloyd Chickite, poursuivant en leur nom et au nom de tous les autres membres de la Bande indienne Wewaikai (également connue sous le nom de Bande indienne de Cape Mudge) *Appellants*

c.

Sa Majesté la Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario, le procureur général de la Colombie-Britannique, la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE WEWAYKUM c. CANADA

Référence neutre : 2002 CSC 79.

File No.: 27641.

2001: December 6; 2002: December 6.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Content of Crown's fiduciary duty before and after reserve is created.

Indians — Reserves — Crown's fiduciary duty — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether Crown breached its fiduciary duty — Whether "equitable" remedies available — Whether defences of laches and acquiescence apply.

Limitation of actions — Federal Court — Indian claims — Two B.C. Indian bands claiming each other's reserve land — Both bands alleging that they would possess both reserves but for breaches of fiduciary duty by federal Crown — Bands seeking declarations against each other and equitable compensation from Crown in Federal Court — Whether bands' claims statute barred — Federal Court Act, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, c. 123, s. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 14(3).

Two bands of the Laich-kwil-tach First Nation claim each other's reserve land. Each reserve has been possessed by the incumbent band since the end of the 19th century. Neither band claims title based on an existing aboriginal or treaty right but each band, resting its claim on contemporaneous documentation of the Department of Indian Affairs, says it would possess *both* reserves but for breaches of fiduciary duty by the federal Crown. The bands seek declarations against each other and equitable compensation from the federal Crown. The Cape Mudge Band, the Wewaikai, seeks Reserve 11

N° du greffe : 27641.

2001 : 6 décembre; 2002 : 6 décembre.

Présents : Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Étendue de cette obligation avant et après la création des réserves.

Indiens — Réserves — Obligation de fiduciaire de la Couronne — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — La Couronne a-t-elle manqué à son obligation de fiduciaire? — Des recours en « equity » peuvent-ils être exercés? — Les défenses d'acquiescement et de manque de diligence s'appliquent-elles?

Prescription — Cour fédérale — Actions intentées par des Indiens — Revendication mutuelle par deux bandes indiennes de la C.-B. de leur réserve respective — Chaque bande prétend qu'elle posséderait les deux réserves n'eût été des manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire — Dépôt en Cour fédérale par chaque bande d'une action sollicitant un jugement déclaratoire contre l'autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne — Les actions des bandes sont-elles prescrites par la loi? — Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39 — Statute of Limitations, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16 — Limitations Act, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 14(3).

Deux bandes appartenant à la Première nation Laich-kwil-tach se réclament mutuellement leur réserve respective. Chacune de ces réserves est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle. Aucune des deux bandes ne revendique de titre sur les terres litigieuses sur le fondement de droits existants — ancestraux ou issus de traités —, mais chacune d'elles, appuyant sa revendication sur des documents contemporains du ministère des Affaires indiennes, prétend que, n'eût été divers manquements de la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire, elle serait en possession

and the Campbell River Band, the Wewaykum, claims Reserve 12.

The claim of the Cape Mudge Band starts with the 1888 report of a federal government surveyor which recommended the creation of Reserves 11 and 12. These reserves were not identified as allocated to a particular band, but rather to the “Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians”. The 1892 schedule of Indian reserves published by the Department of Indian Affairs, listing reserve allocations to bands, repeated this allocation. By 1900, Reserves 11 and 12 were shown on the schedule as allocated to the “Wewayakai [Cape Mudge] band”. On numerically ordered lists of reserves, the name We-way-akay was inscribed opposite Reserve 7 and ditto marks were inscribed below that name opposite Reserves 8 to 12. The Cape Mudge Band on that basis claims both reserves although it was not, and never had been, in occupation of Reserve 11.

The claim of the Campbell River Band flows from a 1905 dispute between the two bands over fishing rights, which led to a dispute over possession of Reserve 11. In a 1907 Resolution, the Cape Mudge Band ceded any claim over Reserve 11 to the Campbell River Band subject to the retention of common fishing rights. The effect of the resolution was recorded in a change to the departmental schedule. The name of the “We-way-akum band” was entered opposite Reserve 11, but in what became known as the “ditto mark error”, the ditto marks against Reserve 12, directly beneath it, remained unchanged. The Campbell River Band relies on the departmental schedule, as changed, as evidence of its right to both Reserve 11 and Reserve 12.

In 1912, the McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. It acknowledged that Reserve 11 was properly allocated to the Campbell River Band and noted the error with respect to Reserve 12 which, because of the ditto marks, appeared in the schedule as being also allocated to that band. In their respective submissions to the Commission, in accordance with actual incumbency, the Campbell River Band made no claim to Reserve 12 and the Cape

des *deux* réserves. Chaque bande sollicite un jugement déclaratoire contre l’autre et une indemnité en equity de la part de la Couronne. La bande de Cape Mudge (les Wewaikai) revendique la réserve n° 11 et la bande de Campbell River (les Wewaykum) revendique la réserve n° 12.

L’origine de la revendication de la bande de Cape Mudge remonte au rapport préparé en 1888 par un arpenteur fédéral et recommandant la création des réserves n^{os} 11 et 12. Les réserves n’étaient attribuées à aucune bande en particulier, mais plutôt aux « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». Cette information fut répétée dans le répertoire des réserves indiennes publié par le ministère des Affaires indiennes en 1892, document indiquant à quelle bande était attribuée telle ou telle réserve. En 1900, le répertoire précisait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la « bande Wewayakai (Cape Mudge) ». Sur des listes énumérant les réserves en ordre numérique, le nom We-way-akay a été inscrit en regard de la réserve n° 7 et des guillemets de répétition ont été inscrits sous ce nom vis-à-vis des réserves n^{os} 8 à 12. S’appuyant sur ces inscriptions, la bande de Cape Mudge revendique les deux réserves, même si elle n’occupait pas la réserve n° 11 à l’époque et ne l’a jamais occupée.

La revendication de la bande de Campbell River découle d’un différend qui a éclaté en 1905 entre les deux bandes au sujet de droits de pêche et qui s’est étendu à la possession de la réserve n° 11. Dans une résolution datée de 1907, la bande de Cape Mudge a cédé tout droit sur la réserve n° 11 à la bande de Campbell River, conservant toutefois des droits de pêche conjoints. L’effet de la résolution a été consigné au moyen d’une modification apportée au répertoire ministériel. Le nom « bande We-way-akum » a été inscrit en regard de la réserve n° 11, mais, par suite de ce qu’on a appelé l’« erreur des guillemets de répétition », les guillemets inscrits vis-à-vis de la réserve n° 12, juste au-dessous du nom de la bande susmentionnée, n’ont pas été remplacés. La bande de Campbell River invoque le répertoire ministériel ainsi modifié comme preuve de son droit à la possession de la réserve n° 11 et de la réserve n° 12.

En 1912, la Commission McKenna McBride a visité les réserves dont on projetait l’établissement dans la région de Campbell River. La Commission a reconnu que la réserve n° 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River et a relevé l’erreur commise relativement à la réserve n° 12 qui, en raison des guillemets de répétition, était inscrite dans le répertoire comme étant attribuée à cette bande. Devant la Commission, respectant l’occupation qu’elles faisaient des réserves

Mudge Band made no claim to Reserve 11. However, the “ditto mark error” on the schedule was not corrected.

In 1924, by Orders-in-Council, the British Columbia government and the federal government adopted the McKenna McBride recommendations with respect to Reserves 11 and 12. In 1928, the Indian Commissioner recommended that Reserve 12, which had always been claimed by the Cape Mudge Band, should officially be recognized as belonging to that band and the federal schedule modified accordingly. Both bands retained legal counsel to investigate. In 1936 and 1937, each band issued a declaration listing its reserves. Neither band listed the other’s reserve it now claims.

In 1938, British Columbia issued Order-in-Council 1036 which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. In 1943, Indian Affairs published a corrected schedule of reserves listing Reserve 11 for the Campbell River Band and Reserve 12 for the Cape Mudge Band. No formal amendments were made to orders-in-council that had appended the previous faulty schedules. The dispute resurfaced in the 1970s and, in 1985, the Campbell River Band initiated its action against the Crown and the Cape Mudge Band. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. After 80 days of evidence and submissions, the Federal Court, Trial Division dismissed both bands’ claims and the Federal Court of Appeal upheld that decision.

Held: The appeals should be dismissed.

The legal requirements to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* include an act by the Crown to set apart Crown land for use by a band, an intent to create a reserve on the part of persons with the authority to bind the Crown, and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent.

Reserve Creation in British Columbia

When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *Terms of Union* provided for the

concernées, la bande de Campbell River n’a pas revendiqué la réserve n° 12 et la bande de Cape Mudge n’a pas revendiqué la réserve n° 11. Toutefois, l’« erreur des guillemets de répétition » figurant dans le répertoire n’a pas été corrigée.

En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont, par décret, adopté les recommandations de la Commission McKenna McBride relativement aux réserves n^{os} 11 et 12. En 1928, le commissaire des Affaires indiennes a recommandé que la réserve n° 12, qui avait toujours été revendiquée par la bande de Cape Mudge, soit officiellement déclarée comme appartenant à cette bande et que le répertoire fédéral soit modifié en conséquence. Les deux bandes ont alors chargé des avocats d’examiner la question. En 1936 dans un cas et en 1937 dans l’autre, les bandes ont chacune signé une déclaration faisant état de leurs réserves respectives. Aucune des deux bandes n’a mentionné dans sa liste la réserve occupée par l’autre et qu’elle revendique aujourd’hui.

En 1938, la Colombie-Britannique a pris le décret 1036 qui transférait la maîtrise et l’administration des terres visées à la Couronne du chef du Canada. En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié un répertoire des réserves modifié indiquant que la réserve n° 11 était attribuée à la bande de Campbell River et que la réserve n° 12 était attribuée à la bande de Cape Mudge. Aucune modification officielle n’a été apportée aux divers décrets qui avaient été joints aux répertoires antérieurs erronés. Le différend a repris dans les années 1970 et, en 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au terme de 80 jours d’audience, la section de première instance de la Cour fédérale a rejeté les actions des deux bandes. La Cour d’appel fédérale a confirmé cette décision.

Arrêt : Les pourvois sont rejetés.

Parmi les conditions légales de création d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*, mentionnons l’existence d’un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l’usage d’une bande indienne, l’intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l’accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention.

La création des réserves en Colombie-Britannique

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l’article 13 des *Conditions de*

creation of reserves. Federal-provincial cooperation was thus required because Crown lands from which reserves would be established were retained as provincial property yet the federal government had jurisdiction over Indians and lands reserved for Indians. The reserve-creation process was completed in 1938 by virtue of B.C. Order-in-Council 1036 which transferred to the federal Crown administration and control of land on which the reserves were to be established. When the subject lands were transferred, the federal Crown intended to set apart each reserve for the beneficial use and occupation of the present incumbent. Each band accepted the *status quo* and made use of the reserves allocated to it.

The surrender provisions of the *Indian Act* did not apply to these pre-1938 adjustments because (i) the resolution of a “difference of opinion” between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should not be characterized as a surrender, (ii) the lands were not Indian Reserves within the meaning of the *Indian Act* prior to 1938, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876.

Rectification of Orders in Council

The Federal Court purported to “rectify” the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Here, however, the mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. The permissible constitutional scope of the provincial “intent” in relation to “lands reserved for Indians” was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. The federal Order-in-Council has been interpreted, in practice, without regard to the “ditto mark error”. In these circumstances, rectification was not an appropriate remedy. The solution to these appeals does not lie in the law of rectification but in the law governing

l’adhésion pourvoyait à la création de réserves. Il était en conséquence nécessaire que le fédéral et la province coopèrent dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l’égard des Indiens et des terres réservées aux Indiens, les terres domaniales où serait établie toute réserve appartenaient à la province. Le processus de création des réserves a été complété en 1938 par la prise du décret 1036 de la Colombie-Britannique, qui a transféré à la Couronne fédérale l’administration et la maîtrise des terres où seraient établies les réserves. Lorsque les terres visées ont été transférées, la Couronne fédérale entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l’usage bénéficiaire et l’occupation de la bande qui l’habite actuellement. Chaque bande a accepté le statu quo et utilisé les réserves qui lui étaient attribuées.

Les dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession ne s’appliquaient pas à ces mesures antérieures à 1938, et ce (i) parce qu’on ne saurait qualifier de cession le règlement d’une « divergence d’opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s’était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) parce que les terres litigieuses n’étaient pas des réserves indiennes au sens de la *Loi sur les Indiens* avant 1938, et (iii) parce que, de toute manière, l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876.

La rectification des décrets

La Cour fédérale a dit qu’elle entendait rectifier le répertoire erroné accompagnant le décret 1036. Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu’on considère comme un erreur figurant dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l’intention de son auteur. Une erreur d’écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. En l’espèce, toutefois, l’erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna McBride a relevé l’erreur, mais elle ne l’a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Constitutionnellement, la seule « intention » qui peut être prêtée à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limite à la détermination de la taille, du nombre et de l’emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l’administration à la Couronne du chef du Canada. Dans les faits, le décret fédéral a été interprété sans tenir compte de l’« erreur des guillemets de répétition ». Dans ces circonstances, la rectification n’est pas une réparation qui convenait. Ce n’est pas

the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands.

The Existence of a Fiduciary Duty

The existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations “in the nature of a private law duty” towards aboriginal peoples. A fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples.

However, even in the traditional trust context, not all obligations existing between the parties to a well-recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature. Equally, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same. They are shaped by the demands of the situation. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government.

The Content of the Fiduciary Duty

The content of the Crown’s fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest to be protected. The appellants seemed at times to invoke the “fiduciary duty” as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests. Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act*, which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage, a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown’s duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with

dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l’obligation de fiduciaire invoquée par les bandes appelantes et les réparations en equity sollicitées par celles-ci.

L’existence d’une obligation de fiduciaire

L’existence d’une obligation de droit public n’exclut pas la possibilité que, dans l’accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d’[obligations] de droit privé ». Lorsqu’elle existe, l’obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l’exercice par la Couronne de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu’elle a graduellement assumés à l’égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones.

Toutefois, même dans le cadre d’une fiducie traditionnelle, les obligations qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n’ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire. En outre, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, mais sont plutôt tributaires des exigences de la situation. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement.

Le contenu de l’obligation de fiduciaire

Le contenu de l’obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l’importance des intérêts à protéger. Les appelantes semblent parfois invoquer « l’obligation de fiduciaire » comme si celle-ci imposait à la Couronne une responsabilité totale à l’égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C’est aller trop loin. L’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens. Jusqu’à présent, notre Cour n’a pas élargi la protection de l’obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l’égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d’autres intérêts des Indiens, à l’exception de terres ne faisant pas l’objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Avant la création d’une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l’obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l’exécution de son

a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries. Once a reserve is created the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation. The Crown must use diligence to protect a band's legal interest from exploitative bargaining with third parties or from exploitation by the Crown itself.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting.

Here, the federal Crown's mandate was to create a new interest for the bands in lands not subject to treaty or aboriginal rights claims. The nature and importance of the appellant bands' interest in these lands prior to 1938, and the Crown's intervention as the exclusive intermediary to deal with others, including the province, on their behalf, imposed a fiduciary duty on the Crown but there is no persuasive reason to conclude that the obligations of loyalty, good faith and disclosure of relevant information were not fulfilled. After the creation of the reserve, the Crown did preserve and protect each band's legal interest in its allocated reserve.

By the time the reserves creation process was completed in 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. They had manifested on several occasions their acknowledgement that the beneficial interest in Reserve 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve 12 resided in the Cape Mudge Band. The Band leadership in those years, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a "difference of opinion" with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties. It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome.

mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard. La Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour protéger l'intérêt en common law de la bande contre les marchés abusifs avec des tiers ou les mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation.

Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés.

En l'espèce, la Couronne avait pour mandat de créer, en faveur des bandes, un intérêt nouveau visant des terres non revendiquées en vertu de droits ancestraux ou issus de traités. La nature et l'importance de l'intérêt des bandes appelantes dans ces terres avant 1938 ainsi que l'intervention de la Couronne en tant qu'intermédiaire exclusif auprès des tiers, y compris la province, ont imposé à la Couronne une obligation de fiduciaire, mais il n'y a aucune raison justifiant de conclure que les obligations de loyauté, de bonne foi et de communication complète de l'information eu égard aux circonstances n'ont pas été respectées. Après la création de la réserve, la Couronne a effectivement préservé et protégé l'intérêt en common law de chacune des bandes dans la réserve qui lui avait été attribuée.

Lorsque le processus de création des réserves a été complété en 1938, chaque bande avait formellement abandonné la revendication qu'elle fait valoir aujourd'hui contre la réserve de sa bande sœur. À plusieurs reprises, les bandes appelantes avaient reconnu que l'intérêt bénéficiaire relatif à la réserve n° 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve n° 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. À cette époque, les dirigeants des bandes, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une « divergence d'opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens. Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, qu'ils ne savaient pas ce qu'ils faisaient, ou encore de rejeter ce qu'ils ont considéré être un résultat juste.

Defences to Equitable Remedies

Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence. Equitable remedies require equitable conduct by the claimant and are always subject to the discretion of the court.

Both branches of the doctrine of laches and acquiescence are applicable in this case: conduct equivalent to a waiver is found in the declarations, representations and failures to assert the alleged rights in circumstances that required assertion; and prosecution of the claim would, in each case, be unreasonable because each band relied on the *status quo* and improved its reserve under the understanding that the other band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge of the underlying facts relevant to a possible claim.

On the evidence, no fiduciary duty has been breached and no “equitable” remedy is available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay “equitable” compensation for its refusal to bring about such a wrongful dispossession.

Application of Limitation Periods

In any event, the appellant bands’ claims are barred by the expiry of the applicable limitation periods. Section 39(1) of the *Federal Court Act* incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation. The Campbell River Band’s claim for possession of Reserve 12 was complete no later than in 1938 and was subject to a 20-year limitations period under s. 16 of the 1897 B.C. *Statute of Limitations*. The Cape Mudge Band’s claim for possession of Reserve 11 arose when the Campbell River Band went into possession of that reserve prior to 1888 and was extinguished around the time the band signed the 1907 Resolution. Even if the running of the limitation periods was postponed due to a lack of pertinent information, all relevant facts were known to both bands when they made their declarations in 1936 and 1937. The limitation periods applicable to the claims for possession, therefore, expired no later than 1957.

Les moyens de défense opposables aux recours en equity

Les recours en equity exercés pour obtenir l’exécution d’obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l’acquiescement et le manque de diligence. Les recours en equity exigent une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation et dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

Les deux éléments de la règle de l’acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l’espèce, à savoir : il y eut conduite assimilable à renonciation du fait des déclarations qui ont été signées, des observations qui ont été formulées et du défaut des intéressées de faire valoir les droits qu’elles invoquaient, alors que les circonstances commandaient qu’elles le fassent; les poursuites sont dans les deux cas déraisonnables du fait que chaque bande s’est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s’est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment les faits sous-jacents qui pouvaient donner lieu à un recours en justice.

Eu égard à la preuve, il n’y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et il n’y a ouverture à aucun recours en « equity », soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu’elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

L’application des délais de prescription

De toute manière, les actions des bandes appelantes sont prescrites par suite de l’écoulement des délais de prescription applicables. Le paragraphe 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* incorpore par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique applicables en matière de prescription. Le droit de la bande de Campbell River de revendiquer la possession de la réserve n° 12 a pris naissance au plus tard en 1938 et était assujéti au délai de prescription de 20 ans prévu par l’art. 16 de la Loi de 1897 de la C.-B. intitulée *Statute of Limitations*. Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve n° 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve avant 1888 et était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la résolution de 1907. Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription, les deux bandes connaissaient tous les faits pertinents lorsqu’elles ont signé leur déclaration respective en 1936 et en 1937. Le délai de prescription applicable aux actions en revendication de la possession a donc expiré au plus tard en 1957.

As to breach of fiduciary duty, the 1897 *Statute of Limitations*, in force between 1897 and 1975, imposed no limitation on such claims. The transitional provisions of the 1975 *Limitations Act* therefore apply. By virtue of ss. 3(4) and 14(3) of the 1975 Act, the actions based on breach of fiduciary duty were barred as of July 1, 1977. In any case, the claims asserted in these proceedings were all caught by the 30-year “ultimate limitation period” in s. 8 of the 1975 Act.

Cases Cited

Explained: *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; **referred to:** *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54; *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan v. Hell’s Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, aff’d (1887), 13 S.C.R. 577; *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, aff’d (1900), 32 O.R. 301, aff’d (1901), 32 S.C.R. 1, aff’d [1903] A.C. 73; *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie’s Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann’s Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *Johnson v. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159; *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689; *Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women’s Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304; *Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249; *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18; *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116

Quant au manquement à l’obligation de fiduciaire, la Loi de 1897 intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur de 1897 à 1975, ne fixait aucun délai de prescription à cet égard. Ce sont en conséquence les dispositions transitoires de la *Limitations Act* de 1975 qui s’appliquent. Par l’effet des par. 3(4) et 14(3) de cette loi, les actions pour manquement à l’obligation fiduciaire étaient prescrites le 1^{er} juillet 1977. Quoi qu’il en soit, les demandes présentées en l’espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » trentenaire prévu par l’art. 8 de la Loi de 1975.

Jurisprudence

Arrêt expliqué : *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; **arrêts mentionnés :** *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC 54; *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73; *Dunstan c. Hell’s Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47; *Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, conf. (1887), 13 R.C.S. 577; *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386, conf. par (1900), 32 O.R. 301, conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73; *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609; *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025; *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382; *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739; *Rennie’s Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822; *St. Ann’s Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211; *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *Johnson c. M’Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823); *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159; *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360, autorisation d’appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689; *Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236; *B.C. Native Women’s Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304; *Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. n° 1358 (QL); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249;

F.T.R. 37, aff'd (1999), 251 N.R. 220; *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143; *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1997), 132 F.T.R. 106; *Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174; *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138; *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302; *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; *Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135; *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394, aff'd [1991] 2 S.C.R. 570; *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137; *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549; *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66; *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48.

Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake, [1991] 2 C.F. 18; *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. n° 991 (QL), conf. par [1999] A.C.F. n° 1822 (QL); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1989] 1 C.F. 143; *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. n° 676 (QL); *Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174; *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292; *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511; *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638; *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84; *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. n° 370 (QL); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180; *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138; *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302; *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762; *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; *Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221; *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135; *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353, conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394, conf. par [1991] 2 R.C.S. 570; *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137; *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549; *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281; *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66; *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1; *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1568 (QL), 2001 CFPI 480; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48.

Statutes and Regulations Cited

- British Columbia Indian Lands Settlement Act*, S.C. 1920, c. 51.
- British Columbia Order-in-Council No. 911, July 26, 1923.
- British Columbia Order-in-Council No. 1036, July 29, 1938.
- British Columbia Order-in-Council No. 1334.
- British Columbia Terms of Union*, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, Art. 13.
- Constitution Act, 1867*, s. 91(24).
- Constitution Act, 1982*, s. 35(1).
- Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98, s. 31.
- Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, s. 39(1).
- Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 [reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10], s. 38(1).
- Federal Real Property Act*, S.C. 1991, c. 50, ss. 2 “federal real property”, 13, 14.
- Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve”.
- Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6).
- Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, c. 32.
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236, ss. 2, 14(1).
- Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37, ss. 3(4), 8, 9, 14(3).
- Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875.
- Order-in-Council P.C. 1265, July 19, 1924.
- Royal Proclamation, 1763*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1.
- Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123, ss. 16, 39.

Authors Cited

- British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8*. Vancouver: The Commission, 1990.
- La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
- Maxwell on the *Interpretation of Statutes*, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto: Carswell, 1905.
- McMurtry, William R., and Alan Pratt. “Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective”, [1986] 3 C.N.L.R. 19.
- Proclamation of the Privy Council, December 15, 1876, *The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27.
- Slatery, Brian. “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727.

Lois et règlements cités

- Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, art. 3(6).
- Conditions de l'adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, App. II, n° 10, art. 13.
- Décret C.P. 1088, 10 novembre 1875.
- Décret C.P. 1265, 19 juillet 1924.
- Décret de la Colombie-Britannique n° 911, 26 juillet 1923.
- Décret de la Colombie-Britannique n° 1036, 29 juillet 1938.
- Décret de la Colombie-Britannique n° 1334.
- Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, ch. 32.
- Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236, art. 2, 14(1).
- Limitations Act*, S.B.C. 1975, ch. 37, art. 3(4), 8, 9, 14(3).
- Loi constitutionnelle de 1867*, art. 91(24).
- Loi constitutionnelle de 1982*, art. 35(1).
- Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique*, S.C. 1920, ch. 51.
- Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98, art. 31.
- Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, art. 39(1).
- Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1 [reproduite dans S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10], art. 38(1).
- Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, art. 2 « immeuble fédéral », 13, 14.
- Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 2(1) « réserve ».
- Proclamation royale, 1763*, L.R.C. 1985, App. II, n° 1.
- Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, ch. 123, art. 16, 39.

Doctrine citée

- British Columbia. Law Reform Commission of British Columbia. *Report on the Ultimate Limitation Period : Limitation Act, Section 8*. Vancouver : The Commission, 1990.
- La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto : University of Toronto Press, 1969.
- Maxwell on the *Interpretation of Statutes*, 4th ed. by J. Anwyl Theobald. Toronto : Carswell, 1905.
- McMurtry, William R., and Alan Pratt. « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19.
- Proclamation du Conseil privé, 15 décembre 1876, *Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, n° 27.
- Slatery, Brian. « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727.
- Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont. : Irwin Law, 1997.

Sullivan, Ruth. *Statutory Interpretation*. Concord, Ont.: Irwin Law, 1997.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswell, 1984.

Weinrib, Ernest J. "The Fiduciary Obligation" (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

APPEALS from a judgment of the Federal Court of Appeal, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] F.C.J. No. 1529 (QL), affirming a decision of the Trial Division (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] F.C.J. No. 1202 (QL). Appeals dismissed.

Michael P. Carroll, Q.C., Malcolm Maclean, Emmet J. Duncan and Monika B. Gehlen, for the appellants Roy Anthony Roberts et al.

John D. McAlpine, Q.C., and Allan Donovan, for the respondents/appellants Ralph Dick et al.

J. Raymond Pollard, Mitchell R. Taylor and Georg Daniel Reuter, for the respondent Her Majesty the Queen.

E. Ria Tzimas and J. T. S. McCabe, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

Patrick G. Foy, Q.C., and Richard J. M. Fyfe, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Peter R. Grant and David Schulze, for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band.

The judgment of the Court was delivered by

1

BINNIE J. — Two Indian bands on the east coast of Vancouver Island lay claim to each other's reserve land. The reserves, which have been in the possession of the incumbent band since about the end of the 19th century, are located two miles from each other. The inhabitants of both reserves are members of the Laich-kwil-tach First Nation which, in the mid-1800s, managed to displace the Comox First Nation from this area of British Columbia.

Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto : Carswell, 1984.

Weinrib, Ernest J. « The Fiduciary Obligation » (1975), 25 *U.T.L.J.* 1.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [2000] 3 C.N.L.R. 303, 247 N.R. 350, 27 R.P.R. (3d) 157, [1999] A.C.F. n° 1529 (QL), qui a confirmé une décision de la Section de première instance (1995), 99 F.T.R. 1, [1995] A.C.F. n° 1202 (QL). Pourvois rejetés.

Michael P. Carroll, c.r., Malcolm Maclean, Emmet J. Duncan et Monika B. Gehlen, pour les appelants Roy Anthony Roberts et autres.

John D. McAlpine, c.r., et Allan Donovan, pour les intimés/appelants Ralph Dick et autres.

J. Raymond Pollard, Mitchell R. Taylor et Georg Daniel Reuter, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.

E. Ria Tzimas et J. T. S. McCabe, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Patrick G. Foy, c.r., et Richard J. M. Fyfe, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Peter R. Grant et David Schulze, pour les intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE BINNIE — Deux bandes indiennes de la côte est de l'île de Vancouver se réclament mutuellement leur réserve respective. Ces réserves — dont chacune est en la possession de la bande qui l'occupe depuis la fin du dix-neuvième siècle environ — sont distantes de deux milles l'une de l'autre. Les occupants des deux réserves appartiennent à la Première nation Laich-kwil-tach, laquelle était parvenue à déplacer la Première nation Comox de cette région de la Colombie-Britannique au milieu des années 1800.

Each band claims that but for various breaches of fiduciary duty on the part of the federal Crown, its people would be in possession of *both* reserves. Members of the other band, on this view, should be in possession of neither.

There is no assertion of any entitlement in these lands under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* (“existing aboriginal and treaty rights”).

Although the bands seek formal declarations of trespass and possession and injunctive relief against each other, each acknowledges the hardship that such a result would cause the other, and each band therefore says it would be satisfied with financial compensation from the federal Crown. The Cape Mudge appellants say *their* compensation should be in the range of \$12.2 to \$14.8 million for Reserve No. 11 and the Campbell River appellants say *their* claim is about \$4 million for Reserve No. 12. In short, if the appellant bands’ claims are allowed, each band will stay where it is but will receive substantial funds by way of “equitable compensation” plus costs on a solicitor-client scale.

We are therefore required to consider (i) the scope of the fiduciary duty of the Crown in the process of the *creation* of Indian reserve lands; (ii) whether the acts of government officials in this case breached any fiduciary duty; and (iii) what equitable remedies (including equitable compensation) are available to remedy such breaches, if any.

It is clear that neither of the bands is guilty of any wrongdoing towards the other. These are paper claims, based on dissecting the performance of the Department of Indian Affairs in its sometimes awkward attempts to establish reserves to accord with late 19th century patterns of Indian occupation on the west coast. The appellant bands rely

2
Chaque bande prétend que, n’eût été divers manquements de la Couronne fédérale à ses obligations de fiduciaire, ses membres seraient en possession des *deux* réserves. Suivant cet argument, les membres de l’autre bande ne seraient en conséquence en possession d’aucune des réserves.

3
Aucune bande n’a revendiqué de droit sur les terres litigieuses en vertu du par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* (« droits existants — ancestraux ou issus de traités — des peuples autochtones »).

4
Bien que chaque bande sollicite contre l’autre une injonction ainsi qu’un jugement déclarant qu’elle a droit à la possession de la réserve et que l’autre bande est coupable d’intrusion, chacune reconnaît les difficultés qu’un tel résultat causerait à l’autre et affirme qu’elle se satisferait d’une indemnité pécuniaire de la Couronne fédérale. La bande de Cape Mudge appelante prétend que *son* indemnité devrait être de l’ordre de 12,2 à 14,8 millions de dollars pour la réserve n^o 11, alors que la bande de Campbell River appelante affirme que *sa* réclamation s’élève à 4 millions de dollars environ pour la réserve n^o 12. Bref, si les demandes des bandes appelantes sont accueillies, chacune restera où elle est actuellement mais recevra une somme considérable constituée d’une « indemnité en equity » et des dépens taxés sur la base procureur-client.

5
La Cour est donc appelée à statuer (i) sur l’étendue de l’obligation de fiduciaire de la Couronne dans le cadre du processus de la *création* des réserves indiennes, (ii) sur la question de savoir si les actes accomplis par des représentants du gouvernement en l’espèce ont constitué un manquement à quelque obligation de fiduciaire et (iii), à supposer qu’il y ait eu manquement, sur les réparations en equity (y compris l’indemnité en equity) susceptibles d’être accordées pour remédier à ce manquement.

6
Il est clair qu’aucune des bandes n’a commis de faute à l’endroit de l’autre. Leurs revendications reposent sur des documents et sur une analyse minutieuse des efforts parfois maladroits déployés par le ministère des Affaires indiennes pour établir des réserves correspondant aux terres qu’occupaient, à la fin du dix-neuvième siècle, les peuples

on disputed inferences from contradictory records respecting which band was entitled to what, and when its entitlement arose. It is apparent that there were occasional gaps of understanding between what was happening on Vancouver Island and what appeared to be happening in the government records in Ottawa. That said, the trial judge, after 80 days of evidence and submissions, concluded that the Crown had acted fairly and honourably. The wishes of the Indians themselves had been sought out and respected.

autochtones de la côte ouest. Les bandes appelantes avancent des conclusions contestées, tirées d'inscriptions contradictoires concernant l'identité de la bande ayant droit à tel ou tel territoire et la date à laquelle le droit en question a pris naissance. Il est évident qu'il y a eu, à l'occasion, des divergences entre la situation qui existait sur l'île de Vancouver et la façon dont elle était consignée dans les dossiers du gouvernement à Ottawa. Cela dit, au terme de 80 jours d'audience, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait agi de façon juste et honorable, après avoir demandé aux Indiens eux-mêmes ce qu'ils désiraient et respecté les souhaits exprimés par ceux-ci.

7 As will be seen, by the time the reserves-creation process was completed by provincial Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, each of the appellant bands had formally abandoned the claim it now asserts to the other's reserve. Over the intervening 60 or more years, band members have relied on the *status quo* to make improvements to the reserves on which they reside. In these circumstances, in my view, no fiduciary duty has been breached and no "equitable" relief is available either by way of injunction or equitable compensation. In any event, all such claims would have been barred by the expiry of the applicable limitation periods.

Comme nous le verrons plus loin, lorsque le processus de création des réserves a pris fin, c'est-à-dire par la prise du décret provincial 1036 le 29 juillet 1938, chacune des bandes appelantes avait officiellement abandonné la revendication — qu'elle fait maintenant valoir — contre la réserve de l'autre. Pendant les 60 ans et plus qui se sont écoulés depuis, leurs membres ont respecté le statu quo et apporté des améliorations à la réserve qu'ils occupent. Dans ces circonstances, j'estime qu'il n'y a pas eu de manquement à quelque obligation de fiduciaire et qu'il n'y a ouverture à aucun recours en « equity », qu'il s'agisse d'injonction ou d'indemnisation. De toute manière, l'écoulement des délais de prescription applicables fait obstacle à l'exercice de tels recours.

8 I would therefore dismiss both appeals with costs.

Je suis donc d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Facts and Analysis

Les faits et l'analyse

9 The Laich-kwil-tach First Nation, comprising four different bands, is itself part of a larger group of Indians who speak the Kwakwala language. They inhabit parts of the east coast of Vancouver Island, parts of the west coast of the mainland, and some of the offshore islands in between. Their livelihood and much of their culture was traditionally based on fishing the rich waters of what we now call the Straits of Georgia.

La Première nation Laich-kwil-tach, qui comprend quatre bandes différentes, fait elle-même partie d'un groupe plus large d'Indiens de langue kwakwala qui habitent certaines régions de la côte est de l'île de Vancouver et de la côte ouest de la Colombie-Britannique continentale, ainsi que certaines îles situées entre les deux. Traditionnellement, leur subsistance et une grande partie de leur culture étaient basées sur la pêche dans les eaux poissonneuses de ce que nous appelons maintenant le détroit de Georgia.

Unlike the historical disputes that reached back to time immemorial in such cases as *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, the epicentre of these appeals lies in the late 19th and early 20th century paperwork of the Department of Indian Affairs and the records collected since then by the contending bands. The resulting bureaucratic paper trail is outlined comprehensively in the careful 275-page trial judgment of Teitelbaum J.: (1995), 99 F.T.R. 1. His findings of fact were not successfully challenged before the Federal Court of Appeal: (1999), 247 N.R. 350. I will deal only with those facts essential for an understanding of the legal issues that we are required to resolve.

The contending bands are the Cape Mudge Indian Band (traditionally known as the “Wewaikai”) some of whom live on Reserve No. 12, and the Campbell River Indian Band (traditionally known as the “Wewaykum”) some of whom live on Reserve No. 11. Each band also has reserves elsewhere. The reserves in dispute are quite small. Reserve 11, located at the mouth of the Campbell River, has about 350 acres and 120 inhabitants. Reserve No. 12, located inland on a tributary of the Campbell River, has less than 300 acres and fewer inhabitants. The multiplicity of relatively small reserves is characteristic of coastal British Columbia, where strategic access to plentiful fishing and other resources was thought to be more important than simple acreage.

It appears the first members of the Laich-kwil-tach First Nation to take up residence in the disputed area was Captain John Quacksister (or Kwaksistal) and his family, in or about 1875.

A. *Creation of Reserve Lands*

The legal requirements for the creation of a reserve within the meaning of the *Indian Act* were

Contrairement aux différends remontant aux temps immémoriaux qui étaient à l’origine d’affaires comme *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le nœud des présents pourvois réside dans des écritures administratives consignées par le ministère des Affaires indiennes à la fin du dix-neuvième siècle et au début du vingtième siècle, ainsi que dans les dossiers montés depuis par les bandes rivales. En première instance, le juge Teitelbaum a exposé en détail, dans son jugement soigné de 275 pages ([1995] A.C.F. n° 1202 (QL)), la piste documentaire laissée par cette filière bureaucratique, et la Cour d’appel fédérale a refusé d’infrimer ses conclusions de fait ([1999] A.C.F. n° 1529 (QL)). Je n’examinerai ici que les faits nécessaires à la compréhension des questions de droit que la Cour doit résoudre.

Les bandes concernées sont la bande indienne de Cape Mudge (traditionnellement appelée « Wewaikai »), dont certains membres vivent dans la réserve n° 12, et la bande indienne de Campbell River (traditionnellement appelée « Wewaykum »), dont certains membres vivent dans la réserve n° 11. Chaque bande compte également des réserves situées à d’autres endroits. Les réserves en litige sont très petites. Située à l’embouchure de la rivière Campbell, la réserve n° 11 compte environ 350 acres et 120 habitants. La réserve n° 12 se trouve à l’intérieur des terres, le long d’un affluent de la rivière Campbell; sa superficie est inférieure à 300 acres et elle compte moins d’habitants que la précédente. Les réserves de faible taille abondent dans les régions côtières de la Colombie-Britannique, où l’on considérait plus important de disposer de points d’accès stratégiques aux abondantes ressources halieutiques et autres que de posséder de vastes étendues de territoire.

Les premiers membres de la Première nation Laich-kwil-tach à s’installer sur le territoire litigieux, vers 1875, semblent avoir été le capitaine John Quacksister (ou Kwaksistal) et sa famille.

A. *La création des réserves*

Dans l’arrêt *Conseil de la bande dénée de Ross River c. Canada*, [2002] 2 R.C.S. 816, 2002 CSC

10

11

12

13

considered by this Court in *Ross River Dena Council Band v. Canada*, [2002] 2 S.C.R. 816, 2002 SCC 54, released June 20, 2002. They include an act by the Crown to set apart Crown land for use of an Indian band combined with an intention to create a reserve on the part of persons having authority to bind the Crown and practical steps by the Crown and the Indian band to realize that intent (para. 67). In that case it was found that the Crown never intended to establish a reserve within the meaning of the Act. At para. 68, LeBel J. noted “that the process of reserve creation, like other aspects of its relationship with First Nations, requires that the Crown remain mindful of its fiduciary duties and of their impact on this procedure, and taking into consideration the *sui generis* nature of native land rights”. The role of the Crown’s fiduciary duty in reserve creation was not argued in that case. It is squarely raised in the appeals now before us.

B. Reserve Creation in British Columbia

14

When British Columbia joined Confederation in 1871, Article 13 of the *British Columbia Terms of Union*, R.S.C. 1985, App. II, No. 10, provided:

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. [Emphasis added.]

54, rendu le 20 juin 2002, notre Cour a examiné les conditions légales de création d’une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*. Parmi ces conditions, mentionnons l’existence d’un acte de la Couronne ayant pour effet de mettre de côté des terres domaniales à l’usage d’une bande indienne, l’intention de créer une réserve, manifestée par des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne, et l’accomplissement par celle-ci et par la bande indienne de démarches concrètes pour réaliser cette intention (par. 67). Dans cette affaire, la Cour a conclu que la Couronne n’avait jamais eu l’intention d’établir une réserve au sens de la Loi. Au paragraphe 68, le juge LeBel a signalé « que, dans le cadre de la procédure de création des réserves, comme dans les autres aspects de ses rapports avec les Premières nations, la Couronne doit rester consciente de ses obligations de fiduciaire et de leur incidence sur cette procédure, et prendre en considération la nature *sui generis* des droits fonciers des Autochtones ». La question du rôle de l’obligation de fiduciaire de la Couronne dans la création des réserves n’a pas été débattue dans cette affaire, alors qu’elle se soulève clairement dans les présents pourvois.

B. La création des réserves en Colombie-Britannique

Lorsque la Colombie-Britannique a adhéré à la Confédération en 1871, l’article 13 des *Conditions de l’adhésion de la Colombie-Britannique*, L.R.C. 1985, App. II, n^o 10, était rédigé ainsi :

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.

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 autres 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’État pour les Colonies. [Je souligne.]

Federal-provincial cooperation was required in the reserve-creation process because, while the federal government had jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians” under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*, Crown lands in British Columbia, on which any reserve would have to be established, were retained as provincial property. Any unilateral attempt by the federal government to establish a reserve on the public lands of the province would be invalid: *Ontario Mining Co. v. Seybold*, [1903] A.C. 73 (P.C.). Equally, the province had no jurisdiction to establish an Indian reserve within the meaning of the *Indian Act*, as to do so would invade exclusive federal jurisdiction over “Indians, and Lands reserved for the Indians”.

Implementation of Article 13 therefore required a number of stages preliminary to the federal reserve-creation process described in *Ross River*. First of all, federally appointed Indian Reserve Commissioners undertook to define and survey the proposed reserves. Then the federal government and the provincial government, armed with the surveys, negotiated the size, location and number of reserves. Administration and control of such lands had then to be transferred (“conveyed” is the word used in Article 13) from the new Province of British Columbia to the federal government. The federal government would have to “set apart” the lands for the use and benefit of a band: *The Indian Act, 1876*, S.C. 1876, c. 18, s. 3(6); *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 2(1) “reserve”.

For more than 60 years after the entry of British Columbia into Confederation, the reserve establishment issue remained an on-going source of friction between the federal and provincial governments. The trial judge found, for instance, that the British Columbia government initially considered the federal government’s target of 80 acres *per capita* for reserve lands to be excessive. The provincial position was that a *per capita* allocation of 20 acres was sufficient, particularly

La coopération fédérale-provinciale était nécessaire dans le cadre du processus de création des réserves, étant donné que, si le gouvernement fédéral avait compétence à l’égard des « Indiens et [d]es terres réservées aux Indiens » aux termes du par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les terres domaniales en Colombie-Britannique, où serait nécessairement établie toute réserve, appartenaient à la province. Toute tentative unilatérale du gouvernement fédéral de créer une réserve sur des terres publiques de la province aurait été invalide : *Ontario Mining Co. c. Seybold*, [1903] A.C. 73 (C.P.). Par ailleurs, la province ne pouvait établir une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens*, car elle aurait alors empiété sur la compétence exclusive du fédéral sur « [l]es Indiens et les terres réservées aux Indiens ».

La mise en œuvre de l’article 13 requérait donc l’accomplissement de certaines démarches préalables à la mise en branle du processus fédéral-provincial de création des réserves décrit dans l’arrêt *Ross River*. D’abord, des commissaires nommés par le gouvernement fédéral délimitaient et arpentaient les réserves proposées, puis, munis de ces plans, les gouvernements fédéral et provincial négociaient la taille, l’emplacement et le nombre des réserves. La maîtrise et l’administration de ces terres devaient ensuite être cédées (ou « transférées », suivant les termes de l’article 13) par la nouvelle province de la Colombie-Britannique au gouvernement fédéral, lequel devait les mettre de côté à l’usage et au bénéfice d’une bande : *L’Acte des Sauvages, 1876*, S.C. 1876, ch. 18, par. 3(6); *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, par. 2(1) « réserve ».

Plus de 60 ans après l’entrée de la Colombie-Britannique dans la Confédération, la question de l’établissement des réserves constituait toujours une source de frictions entre le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial. Par exemple, le juge de première instance a constaté que le gouvernement de la Colombie-Britannique avait d’abord considéré excessif le chiffre de 80 acres par personne avancé par le gouvernement fédéral pour la constitution des réserves, estimant que 20 acres par personne

15

16

17

where the principal source of livelihood of a band was fishing. There was even disagreement as to the mechanism to accomplish the “conveyance”.

suffisait, en particulier lorsque la bande subsistait principalement de la pêche. Les deux ordres de gouvernement différaient même d’avis quant au mécanisme de « transfert » devant être utilisé.

18 The issues were ultimately resolved by federal-provincial agreement and the transfer in 1938 of administration and control to the federal Crown of provincial land on which the reserves were to be established: G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), at p. 132. Until then, “[a]ll rested in the realm of bureaucratic recommendation and political intention with nothing conclusive accomplished in any effective legal sense”: *Dunstan v. Hell’s Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (B.C.S.C.), per Cumming J., at p. 65.

Les diverses questions litigieuses ont finalement été réglées par un accord fédéral-provincial et par la cession à la Couronne fédérale, en 1938, de la maîtrise et de l’administration des terres provinciales devant servir à l’établissement des réserves : G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (1969), p. 132. Jusque-là, [TRADUCTION] « [t]out reposait sur une recommandation bureaucratique et l’intention politique, alors que rien qui soit concluant n’était accompli dans quelque sens juridique véritable » : *Dunstan c. Hell’s Gate Enterprises Ltd.*, [1986] 3 C.N.L.R. 47 (C.S.C.-B.), le juge Cumming, p. 65.

19 I think there is no doubt on the evidence that when the federal Crown received the B.C. Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938, it intended to set apart each of the contested reserves for the beneficial use and occupation of the present incumbent. The claim of each appellant band to *both* reserves is misconceived.

Selon moi, il est indubitable que, lorsque la Couronne fédérale a reçu le décret 1036 de la Colombie-Britannique, daté du 29 juillet 1938, elle entendait mettre de côté chacune des réserves en litige pour l’usage bénéficiaire et l’occupation de la bande qui l’habite actuellement. La revendication des *deux* réserves par chaque bande est mal fondée.

C. *The Indian Reserve Commission (1875-1912)*

C. *La Commission des réserves indiennes (1875-1912)*

20 In 1875, the federal government and the Province of British Columbia established the Indian Reserve Commission whose mandate was in part to

En 1875, le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont créé la Commission des réserves indiennes, dont les commissaires avaient notamment pour mandat

... make arrangements to visit, with all convenient speed, in such order as may be found desirable, each Indian Nation (meaning by Nation all Indian tribes speaking the same language) in British Columbia and after full enquiry on the spot, into all matters affecting the question, to fix and determine for each Nation separately the number, extent and locality of the Reserve or Reserves to be allowed to it. [Emphasis added.]

[TRADUCTION] ... de prendre des dispositions pour visiter, dans les meilleurs délais et dans l’ordre qu’ils jugeront opportuns, chaque nation indienne (nation s’entendant de toutes les tribus indiennes qui parlent la même langue) de la Colombie-Britannique et, après un examen exhaustif sur les lieux de toutes les questions pertinentes, pour établir et déterminer à l’égard de chaque nation séparément le nombre, l’étendue et l’emplacement de la réserve ou des réserves qui doivent lui être attribuées. [Je souligne.]

(Order-in-Council P.C. 1088, November 10, 1875)

(Décret C.P. 1088, pris le 10 novembre 1875)

21 The mandate of the Indian Reserve Commission was thus to allocate reserves at the level of First Nation, as distinct from subgroupings at the band

La Commission des réserves indiennes avait donc comme mandat d’attribuer les réserves aux Premières nations, plutôt qu’à des sous-groupes

level. (Arguably, the Commission was required only to allocate reserves at the higher level of Kwakwaka-speaking peoples, of which the Laich-kwil-tach grouping was a sub-component, but in practice the Laich-kwil-tach people were dealt with as a First Nation.) The reason for this high level allocation, as found by the trial judge at para. 25, was to secure land quickly for the Indians “before white settlement alienated all the desired locations”. Long and complex inquiries by the Commissioners into individual sub-First Nation allocations would have created unacceptable delay. The band level allocation was thus generally to be left to the local Indian agent, a federal official, who possessed the requisite detailed knowledge. The Campbell River Band argues that this view elevates the Indian Agent to the status of a “latter day Solomon with plenary authority to re-allocate reserves”, but this is not so. The Indian Agents were the eyes and ears of the senior officials whose ultimate stamp of approval was essential.

In the 1870s, Commissioner Gilbert Sproat, who by then had become the sole member of the Indian Reserve Commission, surveyed a number of reserves in the area in question for the Laich-kwil-tach First Nation. His survey of a proposed reserve was not enough to create a reserve within the meaning of the *Indian Act* but, if approved by the provincial government, the effect was to withdraw the subject lands from other inconsistent uses, such as preemption by settlers. It thus created a measure of what might be termed administrative protection, but this fell well short of the various statutory protections under the federal *Indian Act*.

The reserves surveyed by Commissioner Sproat were not approved by the province in any event.

In 1886, Sproat’s successor, P. O’Reilly, a former county court judge, recommended the allotment of 10 reserves to the “‘Laich kwil tach’ (Euclataw) Indians”, but he did not deal with the lands now

correspondant aux bandes. (On peut donc affirmer que la Commission était uniquement tenue d’attribuer des réserves à ce groupement plus large de peuples parlant la langue kwakwaka — dont les Laich-kwil-tach étaient un sous-groupe —, mais qu’en pratique elle a traité ces derniers comme une Première nation.) Le juge de première instance a estimé que l’attribution des réserves à ce niveau supérieur d’organisation visait à garantir rapidement des terres aux Indiens « avant que la colonisation par les blancs ne supprime tous les endroits désirés » (par. 25). La tenue d’enquêtes longues et complexes par les commissaires en vue d’attribuer des réserves aux sous-groupes aurait entraîné des délais inacceptables. L’attribution de terres aux bandes relevait donc généralement de l’agent local des Indiens, un fonctionnaire fédéral qui possédait les connaissances précises nécessaires. La bande de Campbell River prétend que cette situation faisait de l’agent des Indiens [TRADUCTION] « un Salomon moderne investi de la plénitude des pouvoirs requis pour réattribuer des réserves », mais ce n’est pas le cas. Les agents des Indiens étaient les yeux et les oreilles des fonctionnaires supérieurs dont l’approbation finale était nécessaire.

Dans les années 1870, la Commission des réserves indiennes ne comptait plus qu’un seul membre, Gilbert Sproat, qui a arpenté un certain nombre de réserves de la région destinées à la Première nation Laich-kwil-tach. Les levés qu’il préparait ne suffisaient pas à créer des réserves au sens de la *Loi sur les Indiens*, mais, si ces levés étaient approuvés par le gouvernement provincial, ils avaient pour effet d’empêcher toute utilisation incompatible des terres visées, par exemple leur acquisition par préemption par des colons. L’arpentage créait donc une certaine forme de protection administrative, bien inférieure toutefois aux diverses garanties de nature législative prévues par la *Loi sur les Indiens*.

Quoi qu’il en soit, la province n’a pas approuvé les réserves arpentées par le commissaire Sproat.

En 1886, P. O’Reilly, ancien juge de cour de comté qui avait succédé à Sproat, a recommandé l’attribution de dix réserves [TRADUCTION] « aux Indiens Laich kwil tach (Euclataw) », mais il n’a

22

23

24

in dispute because “as the Indians were all absent, I deemed it advisable to delay making reserves until they are present to point out the places they wish to have” (emphasis added). A policy of non-intervention in the *status quo* had been made explicit in O’Reilly’s mandate from Ottawa:

You should in making allotments of lands for Reserves make no attempt to cause any violent or sudden changes in the habits of the Indian band for which you may be setting apart the Reserve land; or to divert the Indians from any legitimate pursuits or occupations which they may be profitably following or engaged in, you should on the contrary encourage them in any branch of industry which you find them so engaged. [Emphasis in original.]

D. *The Ashdown Green Survey*

25

Delay in the setting aside of reserves did in fact exacerbate the potential for conflict between Indians and the influx of settlers. In 1888, a dispute flared up at Campbell River between some homesteaders called Nunns and the resident Laich-kwil-tach Indians, each of whom claimed rights to some valuable timber in the vicinity of what is now Reserve No. 11. The most vocal figure in this dispute, at least on the Indian side, was Captain John Quacksister. He claimed that he had been granted ownership of all of the lands which Commissioner Sproat had provisionally set aside at Campbell River in 1879. He was likely not aware of the federal-provincial intricacies of land transfer. Captain John’s band affiliation was the subject of dispute between the parties. The trial judge concluded, at para. 289:

Men and women passed from one group to another and clearly a person could be a member of more than one subgroup. The attempt to categorize Captain John’s tribal affiliation epitomized this difficulty and he was appropriately known as “Smoke All Around”.

26

After Commissioner O’Reilly left for England on extended convalescent leave, the federal government

pas pris en compte les terres qui nous intéressent aujourd’hui parce que, a-t-il écrit, [TRADUCTION] « puisque les Indiens étaient tous absents, j’ai jugé plus sage d’attendre, pour établir des réserves, qu’ils soient présents pour m’indiquer les endroits qu’ils souhaitent obtenir » (je souligne). Le mandat confié à O’Reilly par le gouvernement fédéral comportait l’instruction expresse de ne pas changer le *statu quo* :

[TRADUCTION] Lorsqu’il s’agit d’attribuer des terres aux fins d’établissement des réserves, évitez de provoquer des changements violents ou soudains dans les habitudes de la bande indienne pour laquelle vous mettez de côté les terres de réserve, et ne détournez pas les Indiens d’une occupation légitime qu’ils pourraient pratiquer à profit; tentez plutôt de les encourager lorsque vous constatez qu’ils travaillent dans quelque secteur d’une industrie. [Souligné dans l’original.]

D. *L’arpentage effectué par Ashdown Green*

Le retard dans la mise de côté des réserves a effectivement exacerbé les risques de conflit entre les Indiens et les colons qui affluaient dans la province. En 1888, un différend a éclaté à Campbell River entre des colons du nom de Nunns et les Indiens Laich-kwil-tach résidant à cet endroit, chaque groupe revendiquant des droits sur de précieuses ressources forestières à proximité de ce qui est à présent la réserve n° 11. Le personnage qui s’est fait le plus entendre dans ce conflit, du moins chez les Indiens, est le capitaine John Quacksister. Il affirmait qu’on lui avait attribué la propriété de toutes les terres que le commissaire Sproat avait provisoirement mises de côté à Campbell River en 1879. Il n’était probablement pas au fait des méandres du processus de transfert foncier entre le gouvernement provincial et le gouvernement fédéral. Les parties ne s’entendaient pas sur la filiation tribale du capitaine John. Le juge de première instance a formulé la conclusion suivante à ce sujet (au par. 289) :

Les hommes et les femmes passaient d’un groupe à l’autre et, manifestement, pouvaient appartenir à plus d’un sous-groupe. La tentative de catégoriser le lien tribal du capitaine John résume cette difficulté : c’est à juste titre qu’on l’appelait « Smoke All Around ».

Après le départ du commissaire O’Reilly en Angleterre pour une longue convalescence, le

authorized one of its surveyors, Mr. Ashdown Green, to sort out the boundary between Captain John and the homesteaders. It is his 1888 survey that forms the root of the Cape Mudge Band's claim in this litigation.

E. *The Claim of the Cape Mudge Band (the "Wewaikai")*

After visiting the Campbell River area, Ashdown Green recommended the creation of two additional reserves: Reserve No. 11 (Campbell River) and Reserve No. 12 (Quinsam). However, given the terms of his appointment, and the nature of his mandate (which was to resolve the point of contention between Indians and non-Indians), his report purported to settle only the "extent and boundaries" of Reserves Nos. 11 and 12. In the body of his Report, Reserves Nos. 11 and 12 were not identified as allocated to a particular band, but rather to the "Laich-kwil-tach (Euclataw) Indians". Moreover, in a copy of Green's Report filed with the McKenna McBride Commission, he explains his understanding of the reserve-creation process:

The Laich-kwil-tach (Euclataw) reserves were re-allotted by Mr. O'Reilly in 1886. No allotments were made to separate bands. The division into bands were made by the agents. [Emphasis in original.]

The trial judge concluded that Ashdown Green did not have, and did not think he had, authority "to allocate reserves to any one subgroup or band" (para. 57). His task was to separate Indian reserve land from land to be taken up by non-Indian settlers.

Even if Ashdown Green had stood in O'Reilly's shoes, all reserves recommended by the Reserve Commissioner were subject to the approval of the Provincial Chief Commissioner of Lands and Works and the Dominion Superintendent pursuant to Order-in-Council No. 1334. The trial judge concluded that whether or not Ashdown Green could be construed as recommending the allocation of Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band, no such higher approval was given. As recently affirmed in *Ross River, supra*, the

gouvernement fédéral a autorisé l'un de ses arpenteurs, Ashdown Green, à délimiter les terres du capitaine John et celles des colons. C'est son levé de 1888 qui est à l'origine de la revendication de la bande de Cape Mudge dans la présente affaire.

E. *La revendication de la bande de Cape Mudge (« Wewaikai »)*

Après avoir visité la région de Campbell River, Ashdown Green a recommandé la création de deux réserves additionnelles : la réserve n^o 11 (Campbell River) et la réserve n^o 12 (Quinsam). Toutefois, vu les conditions de sa nomination et la nature de son mandat (résoudre le différend opposant les Indiens et les non-Indiens), son rapport ne visait qu'à établir [TRADUCTION] « l'étendue et les limites » des réserves n^{os} 11 et 12. Le rapport n'attribue les réserves à aucune bande en particulier, indiquant plutôt qu'elles sont octroyées aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Euclataw) ». De plus, Ashdown Green a expliqué sa conception du processus de création des réserves dans une copie de son rapport déposée devant la Commission McKenna-McBride :

[TRADUCTION] Les réserves des Laich-kwil-tach (Euclataw) ont été attribuées de nouveau par M. O'Reilly en 1886. Aucune attribution n'a été faite aux bandes séparément. Le partage entre les bandes a été effectué par les agents. [Souligné dans l'original.]

Le juge de première instance a conclu qu'Ashdown Green n'avait pas ni ne croyait avoir le pouvoir « [d']attribuer des réserves à quelque sous-groupe ou bande » (par. 57). Il avait comme tâche de séparer les terres destinées aux réserves indiennes de celles destinées aux colons non-Indiens.

Même si Ashdown Green avait été dans la même position qu'O'Reilly, toutes les recommandations faites par le commissaire des réserves étaient néanmoins subordonnées à l'approbation du commissaire principal des Terres et des Travaux publics et du surintendant fédéral, conformément au décret 1334. Or, de conclure le juge de première instance, que Ashdown Green ait ou non recommandé l'attribution des réserves n^{os} 11 et 12 à la bande de Cape Mudge, aucune décision à cet effet n'avait été prise en haut lieu. Comme l'a affirmé récemment notre

27

28

relevant “intention” is the “intention to create a reserve on the part of persons having the authority to bind the Crown” (para. 69).

29 The Cape Mudge Band contends that, notwithstanding the findings of the trial judge, Ashdown Green *did* have authority to allocate reserves within the Laich-kwil-tach First Nation and *did* award both Reserve No. 11 and Reserve No. 12 to them. Their factual argument turns on disputed inferences from a notation on a map of the two reserves attached to Ashdown Green’s 1888 Report that was entitled “Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw) Indians. We-way-a-kay Band”, and by subsequent repetition of this allocation for a short period in the Schedules of Indian Reserves published by the Department of Indian Affairs.

30 The Department officially began publishing these Schedules in 1892. They included a summary of the location and size of the various reserves in British Columbia. The Schedules were not legally mandated and were primarily internal administrative documents. Often they contained errors. The 1892 Schedule (i.e., the first to be published) listed the Reserves Nos. 10, 11 and 12 surveyed by Ashdown Green as belonging to the “Laich-Kwil-Tach Indians” without any indication of how these reserves were to be distributed amongst the four bands composing the Laich-kwil-tach First Nation. By 1902, Reserves Nos. 11 and 12 were shown on the Schedule as allocated to the “Wewayakay” (Cape Mudge) Band.

31 The trial judge found that the Cape Mudge Band had not in fact resided in the area now designated Reserve No. 11. Its members had used the rich fishing grounds in the vicinity in common with other Laich-kwil-tach peoples, but had landed their catch elsewhere along the shoreline.

32 When a particular reserve was provisionally allocated at the band level, the practice was for a departmental official to write out a band’s name in full for the first entry, and for every successive reference (in

Cour dans l’arrêt *Ross River*, précité, par. 69, l’« intention » requise est l’intention manifestée par « des personnes ayant le pouvoir de lier la Couronne [. . .] de créer une réserve ».

La bande de Cape Mudge soutient que, malgré les conclusions du juge de première instance, Ashdown Green *avait effectivement* le pouvoir d’attribuer des réserves aux bandes de la Première nation Laich-kwil-tach et qu’il leur *a effectivement* attribué les réserves n^{os} 11 et 12. Leur argument factuel repose sur des inférences contestées, tirées d’une inscription portée sur un croquis des deux réserves joint au rapport de 1888 de Ashdown Green, intitulé [TRADUCTION] « Indiens Laich-kwil-tach (Eu-cla-taw). Bande We-way-a-kay », et sur la mention subséquente de cette attribution, pendant une courte période, dans les répertoires des réserves indiennes publiés par le ministère des Affaires indiennes.

Le ministère a officiellement commencé à publier ces répertoires en 1892. Ils comprenaient un résumé de l’emplacement et de la taille des réserves de la Colombie-Britannique. La préparation de ces répertoires n’était pas requise par la loi, et ceux-ci constituaient d’abord et avant tout des documents administratifs internes. Ils comportaient souvent des erreurs. Le répertoire de 1892 (le premier qui fut publié) indiquait que les réserves n^{os} 10, 11 et 12, arpentées par Ashdown Greene, appartenaient aux [TRADUCTION] « Indiens Laich-Kwil-Tach », sans préciser de quelle façon ces réserves étaient réparties entre les quatre bandes de la Première nation Laich-kwil-tach. Le répertoire de 1902 indiquait que les réserves n^{os} 11 et 12 étaient attribuées à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge).

De l’avis du juge de première instance, la bande de Cape Mudge n’avait pas, dans les faits, résidé dans la région maintenant désignée comme étant la réserve n^o 11. Les membres de cette bande pêchaient dans les eaux poissonneuses de l’endroit avec les autres peuples Laich-kwil-tach, mais ils déposaient leurs prises ailleurs sur le littoral.

Lorsqu’une réserve donnée était provisoirement attribuée à une bande, la pratique ministérielle était d’inscrire au complet le nom de la bande la première fois, puis (dans un regrettable souci d’économie

an unfortunate economy of effort) the official would simply put quotation or “ditto” marks. Thus by 1902, the Schedule (unlike the 1892 Schedule) showed an allocation to the Cape Mudge Band (“Wewayakay”) of both Reserve No. 11 *and* Reserve No. 12 as follows:

Reserve No	Reserve Name	Tribe or Band
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [listing of reserves 2 to 6 omitted]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 8, p. 1325)

A note in the margin of the 1902 Schedule stated, “[a]llotted by Mr. Ashdown Green . . . May 7, 1888. Surveyed, 1888. Final confirmation, May 18, 1889”. As stated, the trial judge found this information to be erroneous. The only approval given by the Indian Superintendent was approval of the reserves for the Laich-kwil-tach First Nation and not for any of its subgroups. The approval was in any event provisional, as the Indian Superintendent must be taken to have been aware that British Columbia had still not agreed on what provincial Crown lands would be made available for that purpose.

The trial judge’s findings of fact were clearly supported by the evidence and collectively are fatal to the Cape Mudge Band claim to both reserves. Appearance of the band name on an Indian Affairs document used for administrative purposes does not create in law a reserve in their favour, particularly where the document is based on erroneous information. The Cape Mudge Band did have, as members of the Laich-kwil-tach First Nation, a claim for the appropriate consideration of their requirements. As

d’effort) d’ajouter simplement des guillemets de répétition pour les inscriptions subséquentes. Ainsi, le répertoire de 1902 (contrairement à celui de 1892) indiquait, de la façon suivante, que la réserve n° 11 *et* la réserve n° 12 avaient été attribuées à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») :

[TRADUCTION]

Réserve n°	Nom de la réserve	Tribu ou bande
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [réserves 2 à 6 omises]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	" "
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 8, p. 1325)

Une note inscrite en marge dans le répertoire de 1902 indiquait : [TRADUCTION] « [a]ttribuées par M. Ashdown Green [. . .] le 7 mai 1888. Arpentées en 1888. Confirmation définitive le 18 mai 1889 ». Comme nous l’avons vu plus tôt, le juge de première instance a estimé que cette information était erronée. La seule approbation donnée par le surintendant des Affaires indiennes concernait les réserves attribuées à la Première nation Laich-kwil-tach et non à ses sous-groupes. Quoi qu’il en soit, il s’agissait d’une approbation provisoire, car il faut supposer que le surintendant savait que la Colombie-Britannique n’avait pas encore décidé des terres domaniales qui devaient servir à cette fin.

Les conclusions du juge de première instance sont clairement étayées par la preuve et, collectivement, elles sont fatales à la revendication des deux réserves par la bande de Cape Mudge. La mention du nom de la bande dans un document des Affaires indiennes servant principalement à des fins administratives ne crée pas juridiquement de réserve au profit de la bande, en particulier lorsque ce document repose sur des renseignements erronés. En tant que membre de la Première nation Laich-kwil-tach,

to Reserve No. 11 in particular, however, their own Chief and Principal Men authoritatively disclaimed any beneficial interest on numerous occasions prior to the lawsuit.

34 As early as March 24, 1896, Indian Agent Pidcock reported:

At a meeting in the house of the chief yesterday, the Indians of the We-Wai-Ai-Kai [Cape Mudge] band who reside on the Reserve at Cape Mudge, said they had always considered the Reserve at Campbell River to belong to Chief Kwaksista [Quacksister], and they did not claim any of it.

This disclaimer was repeated more authoritatively by formal resolution of the Chief and Principal Men in March 1907. No claim was made to Reserve No. 11 by the Cape Mudge Band either in 1914 when making submissions to the McKenna McBride Commission, or again in response to an Indian Affairs departmental inquiry in 1936. Having on those occasions acknowledged the beneficial interest in Reserve No. 11 to be in the Campbell River Band, equitable relief is not available to the Cape Mudge Band to achieve what would now be a most inequitable dispossession of its sister band. Nor, for the reasons to follow, is “equitable” compensation available against the Crown in substitution for the inequitable dispossession which, quite understandably, the Cape Mudge Band does not really desire.

F. *The Claim of the Campbell River Band (“Wewaykum”)*

35 The imputed allocation in the 1902 Schedule of both Reserves Nos. 11 and 12 to the Cape Mudge Band (“Wewayakay”) created practical difficulties, as the Cape Mudge Band was not in occupation of Reserve No. 11, and never had been, whereas members of the Campbell River Band had been there for several years.

36 In 1905, a dispute between the two bands over fishing rights in the Campbell River led to a dispute over possession of Reserve No. 11. At about

la bande de Cape Mudge pouvait demander que ses exigences soient dûment prises en considération. À plusieurs reprises avant le début de l’action, toutefois, le chef et les anciens de la bande ont formellement déclaré n’avoir aucun intérêt bénéficiaire relativement à la réserve n° 11 en particulier.

Déjà, le 24 mars 1896, l’agent des Indiens concerné, un certain Pidcock, rapportait ce qui suit :

[TRADUCTION] Lors d’une réunion tenue dans la maison du chef hier, les Indiens de la bande We-wai-ai-kai qui résident dans la réserve de Cape Mudge ont affirmé qu’ils avaient toujours considéré que la réserve de Campbell River appartenait au chef Kwaksista [Quacksister], et ils n’en revendiquent aucune part.

Cette renonciation a été réitérée plus officiellement dans une résolution formelle du chef et des anciens en mars 1907. La bande de Cape Mudge n’a revendiqué la réserve n° 11 ni dans son mémoire à la Commission McKenna-McBride en 1914 ni dans sa réponse à l’enquête du ministère des Affaires indiennes en 1936. Ayant reconnu, à ces deux occasions, que l’intérêt bénéficiaire relatif à la réserve n° 11 appartenait à la bande de Campbell River, la bande de Cape Mudge ne saurait disposer d’un recours en equity qui, aujourd’hui, aurait pour effet de déposséder de cette réserve une bande sœur d’une manière tout à fait inéquitable. La bande de Cape Mudge ne saurait non plus, pour les motifs qui vont suivre, obtenir de l’État paiement d’une indemnité « en equity » à la place de la dépossession inéquitable qui, on le comprend très bien, n’est pas la solution que désire réellement la bande.

F. *La revendication de la bande de Campbell River (« Wewaykum »)*

L’attribution, dans le répertoire de 1902, des réserves n° 11 et n° 12 à la bande de Cape Mudge (« Wewayakay ») a engendré des difficultés d’ordre pratique, puisque cette bande n’occupait pas la réserve n° 11 et ne l’avait d’ailleurs jamais occupée, alors que des membres de la bande de Campbell River l’habitaient depuis plusieurs années.

En 1905, un différend entre les deux bandes au sujet de droits de pêche dans la rivière Campbell s’est étendu à la possession de la réserve n° 11. Vers

the same time, the International Timber Company expressed an interest in using the area in conjunction with their logging operations. It thus became necessary to sort out who was (provisionally) entitled to what. The Indian Agent William Halliday reported to Ottawa that “I deemed it necessary to get an expression of opinion from the Indians regarding ownership of this reserve [i.e., Reserve No. 11]”.

It is important to note that Halliday did not consider it his mandate to impose a solution. It was “to get an expression of opinion from the Indians”. The result was the *1907 Resolution* in March of that year wherein the Cape Mudge Band “ceded” to the Campbell River Band any claim to Reserve No. 11, subject to retaining fishing rights in the area. The Resolution is set out in the trial judgment, at para. 91, as follows:

Resolved that whereas there is a difference of opinion as to the ownership of the reserve known as the Campbell River Reserve [No. 11], this reserve being claimed by both the Wewaiiakai [Cape Mudge] and Wewaiiakum [Campbell River] Bands, and as the reserve is gazetted in the office of the Indian Department as belonging to the Wewaiiakai [Cape Mudge] Band, as the reserve is at present occupied by the Wewaiiakum [Campbell River] Band, as it would entail hardship on the members of the Wewaiiakum [Campbell River] Band to be obliged to move, and as the first Indians to live on this reserve were of the Wewaiiakum [Campbell River] Band, and as the object of the Wewaiiakai [Cape Mudge] Band in asking for this land for a reserve was to have the use of the river for fishing purposes, therefore, the members of the Wewaiiakai [Cape Mudge] Band in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiiakum [Campbell River] Band forever, with the proviso that at any and all times the Wewaiiakai [Cape Mudge] Band shall have the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with the Wewaiiakum [Campbell River] Band.

Resolved further that the Indian Agent who is presiding at this meeting is hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out.

la même époque, l’International Timber Company s’est montrée intéressée à utiliser les ressources de la région dans le cadre de ses opérations d’exploitation forestière. Il est donc devenu nécessaire de déterminer (provisoirement) qui avait droit à quoi. Dans un rapport envoyé à Ottawa, l’agent des Indiens William Halliday a indiqué qu’il avait [TRADUCTION] « jugé nécessaire de recueillir l’opinion des Indiens concernant la propriété de la réserve [n° 11] ».

Il importe de signaler que, selon Halliday, son mandat ne requérait pas qu’il impose une solution, mais consistait plutôt à [TRADUCTION] « recueillir l’opinion des Indiens ». Le résultat fut la *Résolution de 1907*, prise au mois de mars de l’année en question dans laquelle la bande de Cape Mudge « céda » à la bande de Campbell River tout droit à la réserve n° 11 sous réserve de la conservation de droits de pêche dans ce secteur. Au paragraphe 91 du jugement de première instance, on cite cette résolution, dont voici en partie le texte :

[TRADUCTION] Il est résolu qu’attendu qu’il existe une divergence d’opinions quant à la propriété de la réserve connue sous le nom de Campbell River [n° 11], cette réserve étant revendiquée par la bande Wewaiiakai [Cape Mudge] et la bande Wewaiiakum [Campbell River]; que, suivant le bureau du ministère des Affaires indiennes, ladite réserve appartient à la bande Wewaiiakai [Cape Mudge]; que la réserve est présentement occupée par la bande Wewaiiakum [Campbell River]; que les membres de la bande Wewaiiakum [Campbell River] subiraient un préjudice s’ils étaient contraints de déménager; que les premiers Indiens à vivre dans cette réserve appartenaient à la bande Wewaiiakum [Campbell River]; et que la bande Wewaiiakai [Cape Mudge] revendique ces terres à titre de réserve dans le but d’utiliser la rivière pour y pêcher. Par conséquent, les membres de la bande Wewaiiakai [Cape Mudge] ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [n° 11] à la bande Wewaiiakum [Campbell River] à jamais, sous réserve du droit incontesté de la bande Wewaiiakai [Cape Mudge] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec la bande Wewaiiakum [Campbell River].

Il est en outre résolu que l’agent des Indiens qui préside l’assemblée soit, par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée.

38 The trial judge was satisfied that the Cape Mudge Indians, either directly or with the assistance of an interpreter, “were capable of communicating in English by March 1907” (para. 430).

39 For my purposes, the key points made in the Resolution adopted by the Cape Mudge Band can be summarized as follows:

1. The Cape Mudge Band acknowledges that Reserve No. 11 is recorded in the departmental Schedule as allocated to it. (There was other corroborating evidence of disclosure by the Crown of the facts known to it as at 1907.)

2. There was however a “difference of opinion” between the bands which needed to be resolved (i.e., the issue here was not one of surrender or alienation but to resolve the “difference of opinion”).

3. The members of the Cape Mudge Band recognize that Reserve No. 11 is occupied by the Campbell River Band, who were the first to reside there. (This is consistent with Indian Agent Pidcock’s 1896 letter and arguably confirms that in Cape Mudge’s then view, Captain John Quacksister was a member of the Campbell River Band.)

4. Members of the Cape Mudge Band acknowledge that it would “entail hardship on the members” of the Campbell River Band “to be obliged to move”. (This too is important because it acknowledges that the Campbell River Band had “started to make use of the lands” as contemplated in *Ross River* as an element of reserve creation (para. 67).)

5. The interest of the Cape Mudge Band in Reserve No. 11 “was to have the use of the river for fishing purposes” (i.e., not the reserve for residential purposes).

Le juge de première instance a estimé, au par. 431, que les membres de la bande de Cape Mudge « étaient en mesure de communiquer en anglais en mars 1907 », directement ou par l’intermédiaire d’un interprète.

Pour les besoins des présents motifs, les principaux points de la résolution adoptée par la bande de Cape Mudge peuvent être résumés ainsi :

1. La bande de Cape Mudge y reconnaît que la réserve n° 11 lui est attribuée dans le répertoire du ministère. (D’autres éléments de preuve corroboraient la communication aux intéressés par la Couronne des faits qu’elle connaissait en 1907.)

2. Il existait toutefois entre les bandes une « divergence d’opinions » qu’il fallait résoudre (c’est-à-dire que la question ne portait pas sur une cession ou aliénation, mais consistait à résoudre cette « divergence d’opinions »).

3. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que la réserve n° 11 est occupée par la bande de Campbell River, qui a été la première à y vivre. (Cette admission concorde avec la lettre de 1896 de l’agent des Indiens Pidcock et, peut-on soutenir, confirme que, à cette époque, la bande de Cape Mudge considérait que le capitaine John Quacksister était membre de la bande de Campbell River.)

4. Les membres de la bande de Cape Mudge reconnaissent que les membres de la bande de Campbell River [TRADUCTION] « subiraient un préjudice s’ils étaient contraints de déménager ». (Cette admission est elle aussi importante, car on reconnaît que la bande de Campbell River a « commencé à utiliser les terres en question », situation qui, suivant l’arrêt *Ross River*, constitue un des éléments requis pour la création d’une réserve (par. 67).)

5. La bande de Cape Mudge s’intéressait à la réserve n° 11 [TRADUCTION] « dans le but d’utiliser la rivière pour y pêcher » (et non pour habiter la réserve en question).

6. The Cape Mudge Band “in council here assembled, do cede all right to the Campbell River Reserve [No. 11] to the Wewaiakum [Campbell River] Band forever”. (This seems to be in the nature of a quit claim deed rather than a “surrender” or purported conveyance of any interest.)

7. Reserving to the Cape Mudge Band “the undisputed right to catch any and all fish in the waters of Campbell River, this right to be in common with” the Campbell River Band;

8. The Indian Agent Halliday was “hereby authorized to take what steps are necessary to have this resolution made official and properly carried out”.

The trial judge concluded that Halliday must have assumed that no reciprocal Resolution was required from the Campbell River Band disclaiming any interest in Reserve No. 12 because the Schedule at Indian Affairs already listed that reserve as allocated to the Cape Mudge Band and there was at that time no dispute about it.

Counsel for Cape Mudge argues that the *1907 Resolution* is invalid for non-compliance with the surrender provisions of the *Indian Act* but (i) I do not think resolution of a “difference of opinion” between sister bands of the same First Nation to which the land had been allocated in the first instance should be characterized as a surrender, (ii) the land designated as Reserve No. 11 was not an Indian Reserve within the meaning of the *Indian Act* in 1907; it was still provincial Crown property, and (iii) in any event the operation of the surrender provisions of the *Indian Act* had been suspended (to the extent they were capable of application) by Proclamation of the Privy Council made December 15, 1876 (*The Canada Gazette*, December 30, 1876, vol. X, No. 27).

6. Les membres de la bande de Cape Mudge [TRADUCTION] « ici réunis en conseil cèdent tous leurs droits dans la réserve de Campbell River [n° 11] à la bande Wewaiakum [Campbell River] à jamais ». (Il semble s’agir ici d’un acte de transport par renonciation plutôt que de la « cession » ou du transfert d’un quelconque intérêt.)

7. La bande de Cape Mudge se réservait le [TRADUCTION] « droit incontesté [. . .] de pêcher en tout temps le poisson dans les eaux de la rivière Campbell, ce droit étant détenu conjointement avec » la bande de Campbell River.

8. L’agent des Indiens Halliday était [TRADUCTION] « par les présentes, autorisé à prendre les mesures nécessaires pour que la présente résolution revête un caractère officiel et soit convenablement exécutée ».

Le juge de première instance a conclu que M. Halliday avait dû présumer que la bande de Campbell River n’était pas tenue d’adopter une résolution réciproque renonçant à tout droit sur la réserve n° 12, étant donné que le répertoire du ministère des Affaires indiennes indiquait déjà que cette réserve était attribuée à la bande de Cape Mudge et qu’il n’existait à cette époque aucun différend à ce sujet.

L’avocat de la bande de Cape Mudge affirme que la *Résolution de 1907* est invalide parce qu’elle n’est pas conforme aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession, mais (i) je ne crois pas qu’on puisse qualifier de cession le règlement d’une « divergence d’opinions » entre bandes sœurs appartenant à la Première nation qui s’était vue attribuer les terres en premier lieu, (ii) les terres désignées comme étant la réserve n° 11 n’étaient pas une réserve indienne au sens de la *Loi sur les Indiens* en 1907, elles étaient encore des terres de la Couronne provinciale, et (iii), de toute manière, l’application des dispositions de la *Loi sur les Indiens* en matière de cession avait été suspendue (dans la mesure où elles étaient applicables) par une proclamation du Conseil privé datée du 15 décembre 1876 (*Gazette du Canada*, 30 décembre 1876, vol. X, n° 27).

41

The effect of the *1907 Resolution* was ineptly recorded by Indian Affairs in Ottawa in a handwritten addition to the 1902 Schedule as follows:

Reserve No.	Reserve Name	Tribe or Band
1	Salmon River	Laichkwiltach, Kahkahmatsis band
. . . [listing of reserves 2 to 6 omitted]		
7	Village Bay	We-way-akay band
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	<i>We-way-akum band</i>
12	Quinsam	" "

(Source: Joint Record, vol. 9, p. 1453)

42

As is apparent, through a further unfortunate economy of effort, the handwritten note of “We-way-akum band” opposite Reserve No. 11 was not accompanied by any amendment to the Schedule to clarify the status of Reserve No. 12, whose ditto marks remained unchanged. The trial judge characterized this as the “ditto mark error”. He found, amply supported by the evidence, that the handwritten correction was intended to refer only to Reserve No. 11, and that there was no intention (or basis) to make any change to Reserve No. 12, which was not part of the *1907 Resolution*. The “difference of opinion”, on the evidence, was confined at that time to Reserve No. 11. On a correct interpretation, therefore, the ditto marks opposite Reserve No. 12 *continued* to refer to the “Wewayakay” (Cape Mudge) Band, despite the confusion introduced by the subsequent handwritten notation against Reserve No. 11.

43

In light of the trial judge’s findings that the “ditto mark error” was the result of a simple slip, and that there was no demonstrated reason for the

L’effet de la *Résolution de 1907* a été maladroitement consignée par les Affaires indiennes à Ottawa au moyen d’une note manuscrite ajoutée ainsi au répertoire de 1902 :

[TRADUCTION]

Réserve n°	Nom de la réserve	Tribu ou bande
1	Salmon River	Laichkwiltach, bande Kahkahmatsis
. . . [réserves 2 à 6 omises]		
7	Village Bay	Bande We-way-akay
8	Open Bay	" "
9	Drew Harbour	" "
10	Cape Mudge	" "
11	Campbell River	<i>Bande We-way-akum</i>
12	Quinsam	" "

(Source : Dossier conjoint, vol. 9, p. 1453)

Comme on le constate, par suite d’un autre regrettable souci d’économie d’effort, l’inscription manuscrite « Bande We-way-akum » insérée en regard de la réserve n° 11 n’a pas été accompagnée d’une modification du répertoire expliquant le statut de la réserve n° 12, pour laquelle on a conservé les guillemets de répétition. Le juge de première instance a qualifié cette bourde d’« erreur des guillemets de répétition ». Il a conclu — conclusion abondamment appuyée par la preuve — que la correction manuscrite ne concernait que la réserve n° 11 et qu’il n’y avait eu aucune intention (ou raison) d’apporter des modifications à la situation de la réserve n° 12, laquelle n’était pas visée par la *Résolution de 1907*. Compte tenu de la preuve, la « divergence d’opinions » ne portait à ce moment que sur la réserve n° 11. Par conséquent, selon l’interprétation qui s’impose, les guillemets placés en regard de la réserve n° 12 *continuaient* de correspondre à la bande « Wewayakay » (Cape Mudge), malgré la confusion créée par l’inscription manuscrite insérée vis-à-vis de la réserve n° 11.

Eu égard à la constatation du juge de première instance que « l’erreur des guillemets de répétition » résultait simplement d’une

1907 Resolution to have precipitated the re-allocation not only of Reserve No. 11 but of Reserve No. 12 as well, which contradicted the intention of the parties, it is difficult not to see the Campbell River Band's position as an overly technical attempt to rely on what it conceives to be "the letter of the law". This, I think, is unfortunate. Our Court has on several occasions emphasized that in dealing with the Indian interest in reserves, "we must ensure that form not trump substance" (*St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 16) or allow the true intention of the parties to be frustrated by "technical" rules embodied in the common law (*Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 6).

In my view, the Campbell River Band's claim to a "legislated entitlement" is misconceived, but in any event it is seeking *equitable* relief against the Crown, and equity has always looked to substance not form, as will be discussed below.

It is difficult to see how such a "ditto mark error" could ever form the basis of *equitable* relief.

G. *The McKenna McBride Commission, 1912*

The continuing disagreements between the federal and provincial governments about the size and number of reserves in British Columbia led to the establishment in 1912 of the McKenna McBride Commission. Its mandate included the power to vary "the acreage of Indian Reserves", either to reduce the size of a parcel provincially set aside as a reserve where "the Commissioners are satisfied that more land is included in any particular Reserve as now defined than is reasonably required for the use of the Indians of that tribe or locality", or to add acreage where "an insufficient quantity of land has been set aside for the use of the Indians of that locality", or to "set aside land

inadvertance et qu'on n'avait démontré l'existence d'aucune raison pour laquelle la *Résolution de 1907* aurait entraîné la réattribution non seulement de la réserve n° 11 mais également celle de la réserve n° 12 — contrairement à l'intention des parties —, il est difficile de voir dans la position de la bande de Campbell River autre chose qu'une tentative excessivement formaliste d'invoquer ce qu'elle considère être la « lettre de la loi ». Cette situation est, selon moi, malheureuse. Notre Cour a à plusieurs reprises souligné que, dans l'examen des droits des Indiens sur les réserves, « nous devons veiller à ce que la forme ne l'emporte pas sur le fond » (*Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 16), ou à ce que des règles « de forme » de la common law ne viennent pas frustrer l'intention véritable des parties (*Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 6).

Je suis d'avis que la revendication par la bande de Campbell River d'un [TRADUCTION] « droit d'origine législative » n'est pas fondée. De toute manière, elle a intenté un recours en equity contre la Couronne et, en equity, le fond prime toujours sur la forme, comme il sera expliqué plus loin.

On voit mal comment une « erreur de guillemets de répétition » comme celle commise en l'espèce pourrait fonder un recours en equity.

G. *La Commission McKenna-McBride, 1912*

Comme le gouvernement fédéral et le gouvernement provincial continuaient à différer d'opinions au sujet de la taille et du nombre des réserves en Colombie-Britannique, on a établi la Commission McKenna-McBride en 1912. Pour l'accomplissement de son mandat, celle-ci avait notamment le pouvoir de modifier [TRADUCTION] « la superficie des réserves indiennes », soit en réduisant la taille d'une parcelle mise de côté par la province pour établir une réserve lorsque, [TRADUCTION] « de l'avis des commissaires, une réserve donnée, telle qu'elle est aujourd'hui délimitée, couvr[ait] une superficie supérieure à ce qui [était] raisonnablement requis pour l'usage des Indiens de cette tribu ou de cet

44

45

46

for any Band of Indians for whom land has not already been reserved”.

47 The McKenna McBride Commission visited the proposed reserves in the Campbell River area. In their analysis of the evidence gathered there, the Commissioners acknowledged that Reserve No. 11 was properly allocated in the federal Schedule to the Campbell River Band, but noted the error with respect to Reserve No. 12:

This reserve [Quinsam] appears in the Schedule as one of the Wewayakum [Campbell River] Band. It is not so regarded by that Band and is claimed by the Wewayakay [Cape Mudge] Band, with right according to Agent Halliday. It has been counted as in Schedule in estimating per capita acreage.

48 In their respective appearances before the McKenna McBride Commission in 1914, the Campbell River Band made no claim to Reserve No. 12 and the Cape Mudge Band made no claim to Reserve No. 11.

49 The McKenna McBride Commission concluded its business, making no changes to the federal 1913 Schedules, despite noting various allocation errors. Commissioner MacDowall is recorded as having commented with respect to the reserve situations:

We have to take these reserves as they appear in the government list and we are dealing with the land and not with the distribution of the Tribe at all — That is a matter for the Department to settle.

The McKenna McBride Commission neither added acreage nor subtracted acreage from Reserve No. 11 or Reserve No. 12. This, in the trial judge’s view at para. 106, confirmed that the “Commission’s role was not to deal with beneficial ownership of reserves, but simply with size. Ownership was a matter to be dealt with by the [federal] Department of Indian Affairs”. “In fact”, he added, “years

endroit », soit en l’augmentant lorsqu’« une quantité insuffisante de terres a[vait] été mise de côté pour l’usage des Indiens de cet endroit » ainsi que le pouvoir de « mettre de côté des terres pour toute bande indienne à l’intention de laquelle aucune terre n’a[vait] encore été réservée ».

La Commission a visité les réserves dont on projetait l’établissement dans la région de Campbell River. Dans l’analyse de la preuve qu’ils y ont recueillie, les commissaires ont reconnu que la réserve n° 11 avait à juste titre été attribuée à la bande de Campbell River dans le répertoire fédéral, mais ils ont relevé l’erreur commise relativement à la réserve n° 12 :

[TRADUCTION] Suivant le répertoire, la réserve [Quinsam] appartient à la bande Wewayakum [Campbell River]. Ce n’est pas ainsi que cette bande considère la réserve, que la bande Wewayakay [Cape Mudge] revendique, avec droit selon l’agent Halliday. On a tenu compte de ce qui était écrit dans le répertoire pour estimer la superficie par personne.

Devant la Commission McKenna-McBride en 1914, la bande de Campbell River n’a pas revendiqué la réserve n° 12 et la bande de Cape Mudge n’a pas revendiqué la réserve n° 11.

La Commission a complété son mandat, n’apportant aucune modification au répertoire fédéral de 1913, même si elle avait relevé quelques erreurs d’attribution. On rapporte le commentaire suivant du commissaire MacDowall relativement à l’emplacement des réserves :

[TRADUCTION] Nous devons tenir ces réserves pour ce qu’elles paraissent dans la liste du gouvernement; nous nous occupons des terres et non de leur distribution par la Tribu — c’est au ministère qu’il appartient de régler cette question.

La Commission n’a ni augmenté ni diminué la superficie des réserves n^{os} 11 ou 12. De l’avis du juge de première instance, au par. 106 ce fait confirmait que « la Commission n’avait pas pour rôle de se pencher sur le droit de propriété bénéficiaire à l’égard des réserves, mais uniquement sur leur superficie. La propriété était une question qui relevait du ministère [fédéral] des Affaires

after the McKenna McBride Commission hearings, a number of errors with respect to the individual allocation of reserves to bands or subgroups were brought to the attention of various department officials by Halliday as well as by Indian Commissioner [W.E.] Ditchburn.” The McKenna McBride Commission did factor the acreage of Reserve No. 12 into the Campbell River Band’s entitlement, a point which the Campbell River Band now says shows the allocation of both reserves to it to be deliberate and wholly justified. However, as mentioned, strategic location in relation to the fishery, not acreage, seemed to be of prime importance to the bands.

H. *The Ditchburn Clark Commission*

Unfortunately, the McKenna McBride Report also failed to obtain provincial approval. The federal and provincial governments then enacted mirror legislation establishing the Ditchburn Clark Commission to attempt to bring closure for a federal-provincial wrangle that at that stage had dragged on for almost 50 years: see *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, c. 32, and *British Columbia Indian Lands Settlement Act*, S.C. 1920, c. 51. Its report did not appear until 1923. With respect to Reserves Nos. 11 and 12, it basically restated the position already proposed in the McKenna McBride Report.

In 1924, the British Columbia government as well as the federal government finally adopted the McKenna McBride recommendations, as modified by the Ditchburn Clark Report. The federal Order-in-Council P.C. 1265, made July 19, 1924, provided that such adoption was in “full and final adjustment and settlement of all differences in [this matter] between the Governments of the Dominion and the Province, in fulfilment of the said Agreement of the 24th day of September, 1912 [establishing the McKenna McBride Commission], and also of Section 13 of the Terms of Union . . .”. Provincial

indiennes ». « En fait », a-t-il ajouté, « plusieurs années après la tenue des auditions de la Commission McKenna-McBride, nombre d’erreurs relativement à l’attribution des réserves à des bandes ou à des sous-groupes ont été portées à l’attention de différents représentants du ministère par Halliday de même que par le commissaire des affaires indiennes [W.E.] Ditchburn. » La Commission a inclus la superficie de la réserve n° 12 dans la superficie attribuée à la bande de Campbell River, ce qui, affirme aujourd’hui la bande, démontre que l’acte par lequel on lui a attribué les deux réserves était délibéré et entièrement justifié. Toutefois, comme nous l’avons mentionné plus tôt, c’est l’emplacement stratégique des terres pour la pratique de la pêche qui semblait être l’aspect le plus important pour les bandes, et non la superficie de ces terres.

H. *La Commission Ditchburn-Clark*

Malheureusement, le rapport de la Commission McKenna-McBride n’a pas reçu lui non plus l’aval du gouvernement provincial. Le gouvernement fédéral et le gouvernement de la Colombie-Britannique ont, au moyen de lois habilitantes analogues, créé la Commission Ditchburn-Clark dans le but de tenter de mettre un terme au différend fédéral-provincial qui, à cette date, durait depuis presque 50 ans : voir *Indian Affairs Settlement Act*, S.B.C. 1919, ch. 32, et *Loi du règlement relatif aux terres des sauvages de la Colombie-Britannique*, S.C. 1920, ch. 51. La Commission n’a remis son rapport qu’en 1923. Relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, elle reformulait en gros la position déjà avancée dans le rapport de la Commission McKenna-McBride.

En 1924, le gouvernement de la Colombie-Britannique et le gouvernement fédéral ont finalement adopté les recommandations de la Commission McKenna-McBride, telles qu’elles avaient été modifiées par le rapport Ditchburn-Clark. Le décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, précisait que l’adoption du rapport McKenna-McBride avait pour objet le [TRADUCTION] « règlement complet et final de tous les différends [sur la question] entre les gouvernements du Dominion et de la province, conformément au protocole du 24 septembre 1912 [créant la Commission McKenna-McBride] et à l’article 13

50

51

Order-in-Council No. 911 made July 26, 1923, was to the same effect. This eventually led to the issuing of provincial Order-in-Council No. 1036 on July 29, 1938, which transferred administration and control of the subject lands to the Crown in right of Canada. While the Department of Indian Affairs treated the “reserves” in British Columbia as being in existence prior to these formal enactments, there was a good deal of confusion in the early years regarding the precise nature of the federal interest under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*. It was not until the Judicial Committee of the Privy Council decision in *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, that it was made clear that under s. 91(24) all “the Dominion had [was] a right to exercise legislative and administrative jurisdiction — while the territorial and proprietary ownership of the soil was vested in the Crown for the benefit of and subject to the legislative control of the Province . . .” (see *Ontario Mining Co. v. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), at p. 395, aff’d (1900), 32 O.R. 301 (Div. Ct.), aff’d (1901), 32 S.C.R. 1, aff’d [1903] A.C. 73 (P.C.)). More importantly, given the critical role of “intention” in the creation of reserves (*Ross River, supra*, at para. 67), it was clear that at the highest levels of both governments the *intention* was to proceed by way of mutual agreement. An intention to create a reserve in 1907 on land that might be withdrawn from the federal-provincial package at any time prior to such agreement being concluded cannot reasonably be attributed to the federal Crown.

des Conditions de l’adhésion ». Le décret provincial n° 911, pris le 26 juillet 1923, était au même effet. Toutes ces mesures ont finalement mené à la prise du décret provincial n° 1036, le 29 juillet 1938, lequel transférait à la Couronne du chef du Canada la maîtrise et l’administration des terres visées. Bien que le ministère des Affaires indiennes considérât que les « réserves » de Colombie-Britannique existaient déjà avant la prise de ces textes officiels, il régna beaucoup de confusion au début de la Confédération au sujet de la nature précise de la compétence fédérale prévue au par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ce n’est que lorsque le Comité judiciaire du Conseil privé a rendu l’arrêt *St. Catherine’s Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, qu’il a été établi clairement que le par. 91(24) avait pour effet de conférer au Dominion uniquement [TRADUCTION] « le droit d’exercer des pouvoirs de nature législative et administrative à l’égard des terres visées — alors que la propriété de celles-ci était dévolue à la Couronne pour le bénéfice de la province et relevait de l’autorité législative de cette dernière » (voir *Ontario Mining Co. c. Seybold* (1899), 31 O.R. 386 (H.C.), p. 395, conf. par (1900), 32 O.R. 301 (C. div.), conf. par (1901), 32 R.C.S. 1, conf. par [1903] A.C. 73 (C.P.)). Facteur plus important encore, vu le rôle crucial de l’« intention » en matière de création de réserves (*Ross River*, précité, par. 67), il est clair que les plus hautes instances des deux gouvernements avaient eu l’*intention* d’agir par voie d’accord mutuel. On ne saurait raisonnablement imputer à la Couronne fédérale, en 1907, l’intention de créer une réserve sur des terres susceptibles d’être soustraites, à tout moment avant la conclusion d’un tel accord, de celles dont conviendraient les gouvernements fédéral et provincial en bout de ligne.

52

The position of the Campbell River Band is that the series of orders-in-council appending the faulty Schedules placed a legislative seal of approval (“legislative entitlement”) on the “ditto mark error”, and that the courts are now bound to give it full effect by dispossessing the Cape Mudge Band from Reserve No. 12 (not its preferred solution) or obtaining “equitable compensation” from the Crown in lieu thereof.

La bande de Campbell River soutient que, par la série de décrets accompagnant les répertoires erronés, les législateurs se sont trouvés à entériner « l’erreur des guillemets de répétition » (créant ainsi un « droit d’origine législative »), et que les tribunaux sont aujourd’hui tenus d’y donner plein effet en dépossédant la bande de Cape Mudge de la réserve n° 12 (solution qui n’est toutefois pas celle que la bande de Campbell River privilégie) ou en ordonnant à la Couronne de lui verser à la place une « indemnité en equity ».

Orders-in-council are certainly presumptive proof of the Crown's intention to create a reserve as therein stated but they are not conclusive: *Ross River*, at para. 50. The trial judge found that the federal Crown, in whose jurisdiction the final act of reserve creation resided, *intended* that Reserve No. 12 be allocated to the Cape Mudge Band. As stated, substance not form prevails.

Counsel for the Campbell River Band is correct, of course, that a conventional reading of the ditto marks would give both reserves to his client. If this were the usual real estate battle between multinational corporations, which had negotiated extensively each word and punctuation mark in the documentation, the ditto mark argument might be considered a solid point, except that here his client is seeking *equitable* relief, and even as between multinational corporations such an outcome might be regarded as wholly inequitable in light of the factual findings of the trial judge.

I. *Correction of the "Ditto Mark Error"*

The apparent conflict between the official records and the *status quo* occupation by the appellant bands was bound to lead to a measure of agitation.

In 1928, Indian Commissioner Ditchburn wrote to the Secretary of the Department of Indian Affairs that

As Quinsam Reserve No. 12 has always been claimed by the We-way-akay (Cape Mudge) Band and the claim has not been disputed by the Wewayakum (Campbell River) Band, I would recommend that it be officially decided as belonging to the We-way-akay Indians and notations made in the Schedule accordingly.

Both bands retained legal counsel in 1932 to investigate. In 1934, Indian Agent Todd, Halliday's replacement, was asked to contact the bands to ascertain accuracy of the sub-tribal allocations in

L'existence de décrets crée certes une présomption que la Couronne avait l'intention de créer les réserves qui y sont mentionnées, mais un tel élément de preuve n'est pas déterminant : *Ross River*, par. 50. Le juge de première instance a conclu que la Couronne fédérale, à qui appartenait le pouvoir d'accomplir le geste final requis pour créer les réserves, *entendait* que la réserve n° 12 soit attribuée à la bande de Cape Mudge. Comme il a été indiqué plus tôt, le fond l'emporte sur la forme, et non le contraire.

Naturellement, l'avocat de la bande de Campbell River a raison de faire valoir que si l'on donnait leur effet habituel aux guillemets de répétition, sa cliente obtiendrait les deux réserves. S'il s'agissait d'un litige foncier normal entre deux entreprises multinationales ayant négocié exhaustivement chaque mot et signe de ponctuation des documents pertinents, ces guillemets pourraient constituer un argument solide, mais en l'espèce sa cliente intente un recours en equity et, même entre multinationales, un tel résultat pourrait être considéré comme tout à fait inéquitable compte tenu des conclusions de fait tirées par le juge de première instance.

I. *La correction de l'« erreur des guillemets de répétition »*

Il était certain que la divergence évidente entre les documents officiels et l'occupation concrète des réserves par les bandes appelantes créerait certains problèmes.

En 1928, le commissaire des Affaires indiennes Ditchburn a écrit ce qui suit au secrétaire du ministère des Affaires indiennes :

[TRADUCTION] Comme la réserve Quinsam n° 12 a toujours été revendiquée par la bande We-way-akay (Cape Mudge) sans contestation de la part de la bande Wewayakum (Campbell River), je recommande qu'il soit officiellement décidé qu'elle appartient aux Indiens We-way-akay et que les annotations soient faites dans le répertoire en conséquence.

En 1932, les deux bandes ont retenu les services d'avocats pour examiner la question. En 1934, l'agent des Indiens Todd, qui avait succédé à Halliday, s'est vu confier la mission de communiquer

53

54

55

56

57

the federal Schedule. The trial judge found as a fact that during the ensuing discussions, both appellant bands “were informed of the Department’s position with respect to Reserves No[s]. 11 and 12, including the circumstances and full text of the 1907 ceding resolution” (para. 131).

58 After the relevant facts had been ascertained and discussed, both bands confirmed the correctness of the *status quo*.

59 On November 23, 1936, a declaration was signed by the chief and principal men of the Wewaikai Band stating: “We the Chiefs and Principal Men of the Cape Mudge Band, do hereby state under oath that the Reserves shown below are the only reserves belonging to this band and this list is complete” (emphasis added). Among these reserves were Reserve No. 10 (Cape Mudge) and Reserve No. 12 (Quinsam). The Campbell River Reserve No. 11 was not mentioned in their list.

60 A parallel declaration was sworn by members of the Campbell River Band in 1937 indicating that “We the Chiefs and Principal Men of the Campbell River Band, do hereby state under oath that the reserves shown below are the only reserves belonging to this band and that this list is complete” (emphasis added). The list referred to in their declaration, while it mentions “Reserve No. 11”, makes no claim to Reserve No. 12.

61 That is, both bands made declarations that corresponded to their actual incumbency. The various attacks now made on these declarations and the Indian agents by the respective sets of appellants were rejected by the trial judge. No reason has been shown to interfere with the trial judge’s finding in that regard.

62 In 1943, Indian Affairs published a corrected Schedule of Reserves. Corresponding to the sworn declarations, Reserve No. 11 was listed for the Campbell River Band and Reserve No. 12 was listed for the Cape Mudge Band. However, it seems that no formal amendment has been made to the various

avec les bandes pour vérifier l’exactitude des données consignées dans le répertoire fédéral relativement à l’attribution des réserves aux sous-groupes. Le juge de première instance a conclu, au par. 131, qu’à l’issue des discussions qui ont suivi, les deux bandes appelantes « connaissaient la position du ministère relativement aux réserves n^{os} 11 et 12, de même que les circonstances et le texte intégral de la résolution de cession de 1907 ».

Après avoir établi les faits pertinents et en avoir discuté, les deux bandes ont confirmé la validité du statu quo.

Le 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande Wewaikai ont signé la déclaration suivante : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Cape Mudge, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). Au nombre de ces réserves se trouvaient la réserve n^o 10 (Cape Mudge) et la réserve n^o 12 (Quinsam). La réserve n^o 11 (Campbell River) n’y était pas mentionnée.

Les membres de la bande de Campbell River ont signé sous serment une déclaration analogue en 1937 : [TRADUCTION] « Nous, chefs et anciens de la bande de Campbell River, déclarons par la présente sous serment que seules les réserves mentionnées ci-après appartiennent à notre bande, et que cette liste est exhaustive » (je souligne). La liste en question fait état de la réserve n^o 11, mais non de la réserve n^o 12.

En conséquence, chaque bande a fait une déclaration correspondant à l’occupation qu’elle faisait des terres. Le juge de première instance a rejeté les diverses attaques des bandes contre ces déclarations et contre les agents des Indiens. Les parties n’ont pas démontré qu’il y avait lieu de modifier cette conclusion.

En 1943, le ministère des Affaires indiennes a publié une version corrigée du répertoire des réserves. Conformément aux déclarations assermentées, le répertoire indiquait que la réserve n^o 11 appartenait à la bande de Campbell River et que la réserve n^o 12 appartenait à celle de Cape Mudge. Il semble

orders-in-council that had appended the previous faulty Schedules.

J. *Recent Developments*

The dispute resurfaced in the 1970s. The Campbell River Band, through legal counsel, contacted the Minister of Indian Affairs regarding Reserve No. 12. In response, and after inquiry, Indian Affairs reported: “In view of the evidence available in our records, we have to state that the Quinsam Indian Reserve No. 12 is set apart for the use and benefit of the Cape Mudge [Wewaikai] Band of Indians”. The Department attached copies of the 1907 *Resolution* and the 1936 and 1937 declarations.

In 1985, the Campbell River Band initiated action against the Crown and the Cape Mudge Band. It did so, as stated in para. 30 of its factum, because of the perceived impact of the decision of this Court in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, where a precedent was set of financial compensation to an Indian band for breach of fiduciary duty in the disposition of part of its reserve. The Cape Mudge Band counterclaimed for exclusive entitlement to both reserves and, in 1989, added a claim against the Crown. In October 1989, the actions were consolidated.

K. *Identification of the Beneficial Interests*

As Commissioner O’Reilly stated in 1886, the job of the Indian Commissioners was to ascertain reserves on the basis of the “places they [the Indians] wish to have”.

Whatever was or was not done by Ashdown Green in 1888, the facts remain that (i) under the 1907 *Resolution*, (ii) in their evidence to the McKenna McBride Commission and (iii) in their November 23, 1936 declaration, the Chief and Principal Men of the Cape Mudge Band, who were closer in time to

toutefois qu’aucune modification officielle n’ait été apportée aux divers décrets accompagnant les répertoires antérieurs erronés.

J. *Les événements récents*

Le différend a repris naissance dans les années 1970. Par l’entremise d’un avocat, la bande de Campbell River a communiqué avec le ministre des Affaires indiennes au sujet de la réserve n° 12. Après enquête, le ministère a répondu que, [TRADUCTION] « [c]ompte tenu de la preuve disponible dans nos dossiers, nous devons conclure que la réserve indienne Quinsam n° 12 est mise de côté au profit et à l’usage de la bande indienne de Cape Mudge [Wewaikai] », et a joint à sa réponse des copies de la *Résolution de 1907* et des déclarations de 1936 et 1937.

En 1985, la bande de Campbell River a intenté une action contre la Couronne et contre la bande de Cape Mudge. Comme elle le précise au par. 30 de son mémoire, elle a agi ainsi en raison de la portée qu’elle attribuait à l’arrêt *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, de notre Cour, lequel avait créé un précédent en accordant une compensation financière à une bande indienne par suite d’un manquement de la Couronne à son obligation de fiduciaire dans le cadre de la cession d’une partie de la réserve de la bande en question. Dans une demande reconventionnelle, la bande de Cape Mudge a revendiqué le droit exclusif aux deux réserves et, en 1989, elle y a ajouté une réclamation contre la Couronne. Au mois d’octobre 1989, les actions ont été réunies.

K. *Les intérêts bénéficiaires en jeu*

Comme l’a indiqué le commissaire O’Reilly en 1886, les commissaires aux Affaires indiennes avaient pour tâche de délimiter les réserves en tenant compte des [TRADUCTION] « endroits qu’ils [les Indiens] souhaitent obtenir ».

Quoi qu’ait fait ou n’ait pas fait Ashdown Green en 1888, il reste que (i) dans la *Résolution de 1907*, (ii) dans leur témoignage devant la Commission McKenna-McBride et (iii) dans la déclaration du 23 novembre 1936, le chef et les anciens de la bande de Cape Mudge, qui étaient plus contemporains des

63

64

65

66

the events in question than the present membership, acknowledged that the beneficial interest in Reserve No. 11 rested with the Campbell River Band.

événements en question que les membres actuels de la bande, ont reconnu que la bande de Campbell River était titulaire de l'intérêt bénéficiaire dans la réserve n° 11.

67 Equally, regardless of the “ditto mark error” in the 1913 Indian Affairs Schedule as subsequently reproduced in various orders-in-council (until corrected in 1943), the Campbell River Band is confronted with the facts that before the McKenna McBride Commission and in their January 24, 1937 declaration, their then “Chief and Principal Men” asserted no beneficial interest in Reserve No. 12.

De même, indépendamment de l'« erreur des guillemets de répétition » commise dans le répertoire des Affaires indiennes de 1913 et reproduite subséquemment dans divers décrets (jusqu'à ce qu'elle soit corrigée en 1943), la bande de Campbell River se heurte au fait que, son « chef et [ses] anciens » de l'époque ont affirmé devant la Commission McKenna-McBride et dans la déclaration du 24 janvier 1937, que la bande ne revendiquait aucun intérêt bénéficiaire dans la réserve n° 12.

L. *Rectification of Order-in-Council 1036*

L. *La rectification du décret 1036*

68 The trial judge characterized the “ditto mark error” as a clerical error, and purported to “rectify” the faulty Schedule to Order-in-Council 1036. The Federal Court of Appeal, *per* McDonald J.A., endorsed this approach (para. 150).

Le juge de première instance a qualifié « l'erreur des guillemets de répétition » d'erreur d'écriture, et il a dit qu'il entendait « rectifier » le répertoire accompagnant le décret 1036. La Cour d'appel fédérale, sous la plume du juge McDonald, a approuvé cette solution (par. 150).

69 Judicial correction of perceived errors in legislative enactments, in the rare instances where they can be justified, is performed on the basis that the corrected enactment expresses the intent of the enacting body. The clerical error is generally apparent on the face of the enactment itself. Examples are found in the municipal by-law cases, e.g., in *Morishita v. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (B.C.C.A.); *R. v. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (Alta. S.C.A.D.); and is occasionally found in the correction of statutes, *Cameron v. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (B.C.C.A.); *Morris v. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (B.C.C.A.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks v. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (Alta. S.C.A.D.). See also R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), at pp. 164-66; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4th ed. 1905), at p. 344.

Dans les rares cas où une telle mesure peut se justifier, la rectification par les tribunaux de ce qu'on considère comme une erreur dans un texte législatif ou réglementaire est effectuée au motif que le texte rectifié exprimera l'intention de son auteur. Une erreur d'écriture est généralement une erreur qui ressort à la lecture du texte lui-même. On trouve des exemples de telles erreurs dans des décisions touchant des règlements municipaux, par exemple *Morishita c. Richmond (Township)* (1990), 67 D.L.R. (4th) 609 (C.A.C.-B.); *R. c. Liggetts-Findlay Drug Stores Ltd.*, [1919] 3 W.W.R. 1025 (C.S.D.A. Alb.), et, à l'occasion, dans des affaires portant sur la rectification de lois : *Cameron c. The King*, [1927] 2 D.L.R. 382 (C.A.C.-B.); *Morris c. Structural Steel Co.* (1917), 35 D.L.R. 739 (C.A.C.-B.); *Rennie's Car Sales & R. G. Hicks c. Union Acceptance Corp.*, [1955] 4 D.L.R. 822 (C.S.D.A. Alb.). Voir également R. Sullivan, *Statutory Interpretation* (1997), p. 164-166; *Maxwell on the Interpretation of Statutes* (4^e éd. 1905), p. 344.

70 I have difficulty in attributing to the provincial government of British Columbia in 1938 a

Il me paraît difficile de prêter au gouvernement provincial de la Colombie-Britannique l'intention

“corrected” intent to allocate Reserve No. 12 to the Cape Mudge Band. Allocation of reserves was not a provincial responsibility. The mistake was made at the federal level in the Department of Indian Affairs. It was noted but not corrected by the McKenna McBride Commission. The Schedules in their uncorrected form were attached by the provincial government to its Order-in-Council 1036. We really do not know what intent, if any, the provincial government had. The permissible constitutional scope of the provincial “intent” in relation to “lands reserved for Indians” was limited to the size, number and location of reserves to be transferred by it to the administration and control of the Crown in right of Canada. In these circumstances it seems to me unsafe to “correct” the original Schedules to provincial Orders-in-Council Nos. 911 and 1036. As to federal Order-in-Council P.C. 1265 made July 19, 1924, if read correctly according to the eccentric record-keeping practices of the Department of Indian Affairs at the time (i.e., substance over form), no rectification was necessary.

The solution to these appeals, in my opinion, does not lie in the law of rectification but in the law governing the fiduciary duty alleged and the equitable remedies sought by the appellant bands, as will now be discussed.

M. *The Sui Generis Fiduciary Duty*

If, as we affirm, neither band emerged from the reserve-creation process with *both* reserves, the issue arises whether this outcome establishes in the case of either appellant band a breach of fiduciary duty on the part of the federal Crown.

Prior to its watershed decision in *Guerin, supra*, this Court had generally characterized the relationship between the Crown and Indian peoples as a “political trust” or “trust in the higher sense”. In *St. Catherines Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1887), 13 S.C.R. 577, decided just prior to Ashdown Green’s trip to Campbell River, Taschereau J. of this

« rectifiée » d’attribuer la réserve n° 12 à la bande de Cape Mudge. L’attribution des réserves ne relevait pas de la province et l’erreur a été commise au niveau fédéral, par le ministère des Affaires indiennes. La Commission McKenna-McBride a relevé l’erreur, mais elle ne l’a pas corrigée. Le gouvernement provincial a annexé les répertoires non rectifiés à son décret 1036. Nous ne savons pas vraiment quelle était l’intention du gouvernement provincial, si intention il y avait. Constitutionnellement, la seule « intention » qu’on puisse prêter à la province en matière de « terres réservées aux Indiens » se limitait à la détermination de la taille, du nombre et de l’emplacement des réserves dont elle transférait la maîtrise et l’administration à la Couronne du chef du Canada. Dans ces circonstances, il me semble imprudent de « rectifier » les répertoires annexés aux décrets nos 911 et 1036. Quant au décret fédéral C.P. 1265, pris le 19 juillet 1924, si on le lit comme il se doit en tenant compte des pratiques singulières en matière de tenue de dossiers du ministère des Affaires indiennes à l’époque (c’est-à-dire en faisant primer le fond sur la forme), aucune rectification n’était nécessaire.

À mon avis, ce n’est pas dans le droit applicable en matière de rectification que se trouve la solution des présents pourvois, mais dans celui régissant l’obligation de fiduciaire invoquée et les réparations en equity sollicitées par les bandes appelantes, aspects que nous allons maintenant examiner.

M. *L’obligation de fiduciaire sui generis*

Si, comme nous l’affirmons, aucune des deux bandes n’a obtenu les *deux* réserves à l’issue du processus de création de réserves, il faut se demander dans quelle mesure ce résultat établit l’existence d’un manquement par la Couronne fédérale à son obligation de fiduciaire envers l’une ou l’autre bande.

Avant son arrêt de principe *Guerin*, précité, notre Cour avait généralement qualifié les rapports entre la Couronne et les peuples autochtones de « fiducie politique » ou de fiducie au sens le plus noble du terme. Dans l’arrêt *St. Catherines Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1887), 13 R.C.S. 577, rendu juste avant la visite de Ashdown Green à

71

72

73

Court described the Crown's obligation towards aboriginal people as a "sacred political obligation, in the execution of which the state must be free from judicial control" (p. 649 (emphasis added)). Over 60 years later, in *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. v. The King*, [1950] S.C.R. 211, Rand J. stated at p. 219:

The language of the statute [*Indian Act*] embodies the accepted view that these aborigenes are, in effect, wards of the State, whose care and welfare are a political trust of the highest obligation. [Emphasis added.]

74

The enduring contribution of *Guerin* was to recognize that the concept of political trust did not exhaust the potential legal character of the multitude of relationships between the Crown and aboriginal people. A quasi-proprietary interest (e.g., reserve land) could not be put on the same footing as a government benefits program. The latter will generally give rise to public law remedies only. The former raises considerations "in the nature of a private law duty" (*Guerin*, at p. 385). Put another way, the existence of a public law duty does not exclude the possibility that the Crown undertook, in the discharge of that public law duty, obligations "in the nature of a private law duty" towards aboriginal peoples.

75

In *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, the Court had recognized for the first time in the modern era that the Indian interest in their ancestral lands constituted a *legal* interest that predated European settlement. Recognition of aboriginal rights could not, therefore, be treated merely as an act of grace and favour on the part of the Crown. These propositions, while brought to the fore in Canadian law relatively recently, are not new. Marshall C.J. of the United States ruled as early as 1823 that the legal rights of Indians in the lands they traditionally occupied prior to European colonization both predated and survived the claims to sovereignty made by various European

Campbell River, le juge Taschereau a décrit l'obligation de la Couronne envers les peuples autochtones d'[TRADUCTION] « obligation politique sacrée dans l'exécution de laquelle l'État doit être libre de tout contrôle judiciaire » (p. 649 (je souligne)). Plus de 60 ans après, dans l'arrêt *St. Ann's Island Shooting and Fishing Club Ltd. c. The King*, [1950] R.C.S. 211, le juge Rand a dit ceci, à la p. 219 :

[TRADUCTION] Le texte de la loi [*Loi sur les Indiens*] renferme la notion acceptée que ces aborigènes sont, en fait, des pupilles de l'État dont le soin et le bien-être constituent une fiducie politique comportant les plus hautes obligations. [Je souligne.]

L'influence durable de l'arrêt *Guerin* a été de reconnaître que la notion de fiducie politique ne fait pas obstacle à la possible reconnaissance du caractère juridique de la myriade de rapports existant entre la Couronne et les peuples autochtones. Un quasi-intérêt propriétaire (par exemple des terres faisant partie d'une réserve) ne saurait être assimilé à un programme gouvernemental de prestations. Dans le second cas, seuls des recours de droit public peuvent généralement être intentés, alors que, dans le premier, se soulèvent des considérations participant « de la nature d'une obligation de droit privé » (*Guerin*, p. 385). En d'autres mots, l'existence d'une obligation de droit public n'exclut pas la possibilité que, dans l'accomplissement de cette obligation de droit public, la Couronne soit également tenue envers les peuples autochtones à des obligations tenant « de la nature d'[obligations] de droit privé ».

Dans l'arrêt *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, la Cour a reconnu pour la première fois, dans l'histoire moderne, que le droit des Indiens sur leurs terres ancestrales constituait un intérêt *en common law* antérieur à l'établissement des Européens. La reconnaissance des droits ancestraux ne saurait donc être considérée simplement comme un acte de bienveillance de la part de la Couronne. Bien que de telles affirmations soient relativement récentes en droit canadien, elles ne sont pas nouvelles. Le juge en chef Marshall des États-Unis avait statué, dès 1823, que les droits en common law des Indiens sur les terres qu'ils avaient traditionnellement occupées

nations in the territories of the North American continent: *Johnson v. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), at pp. 573-74; *Guerin*, *supra*, at pp. 377-78; *Mitchell v. M.N.R.*, [2001] 1 S.C.R. 911, 2001 SCC 33, at paras. 141-46.

Thus in *Guerin* itself, where the Crown failed to carry out its mandate to negotiate on particular terms a lease of 162 acres of an existing Indian reserve to the Shaughnessy Heights Golf Club in suburban Vancouver, Dickson J. (as he then was) was able to distinguish the “political trust” cases as inapplicable in a passage that should be set out in its entirety (at pp. 378-79):

... Indian title is an independent legal right which, although recognized by the Royal Proclamation of 1763, nonetheless predates it. For this reason *Kinloch v. Secretary of State for India in Council*, *supra*; *Tito v. Waddell (No. 2)*, *supra*, and the other “political trust” decisions are inapplicable to the present case. The “political trust” cases concerned essentially the distribution of public funds or other property held by the government. In each case the party claiming to be beneficiary under a trust depended entirely on statute, ordinance or treaty as the basis for its claim to an interest in the funds in question. The situation of the Indians is entirely different. Their interest in their lands is a pre-existing legal right not created by Royal Proclamation, by s. 18(1) of the *Indian Act*, or by any other executive order or legislative provision. [Emphasis added.]

Later in his reasons, Dickson J. further pointed out that fiduciary duty was imposed on the Crown *despite* rather than *because* of its government functions, at p. 385:

As the “political trust” cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function. The mere fact, however, that it is the Crown which is obligated to act on the Indians’ behalf does not of itself remove the Crown’s obligation from the scope of the fiduciary principle. As

avant la colonisation européenne étaient antérieurs aux revendications de souveraineté des différentes nations européennes sur les territoires du continent nord-américain et avaient survécu à ces revendications : *Johnson c. M'Intosh*, 21 U.S. (8 Wheat.) 543 (1823), p. 573-574; *Guerin*, précité, p. 377-378; *Mitchell c. M.R.N.*, [2001] 1 R.C.S. 911, 2001 CSC 33, par. 141-146.

En conséquence, dans l’arrêt *Guerin* lui-même, où la Couronne avait omis de s’acquitter de son mandat et de négocier l’insertion de conditions précises dans un bail, portant sur 162 acres d’une réserve, qui avait été consenti au club de golf Shaughnessy Heights situé en banlieue de Vancouver, le juge Dickson (plus tard Juge en chef) a pu distinguer le pourvoi dont la Cour était saisie des affaires de « fiducie politique » et déclarer cette jurisprudence inapplicable, dans un passage qu’il convient de reproduire en entier (aux p. 378-379) :

... le titre indien est un droit qui a une existence juridique indépendante et qui, bien que reconnu dans la Proclamation royale de 1763, existait néanmoins avant celle-ci. C’est pourquoi les arrêts *Kinloch v. Secretary of State for India in Council* et *Tito v. Waddell (N° 2)*, précités, ainsi que les autres décisions concernant les « fiducies politiques » ne s’appliquent pas en l’espèce. La jurisprudence en matière de « fiducies politiques » porte essentiellement sur la distribution de deniers publics ou d’autres biens détenus par le gouvernement. Dans chaque cas, la partie qui revendiquait le statut de bénéficiaire d’une fiducie s’appuyait entièrement sur une loi, une ordonnance ou un traité pour réclamer un droit sur les deniers en question. La situation des Indiens est tout à fait différente. Le droit qu’ils ont sur leurs terres est un droit, en common law, qui existait déjà et qui n’a été créé ni par la Proclamation royale, ni par le par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, ni par aucune autre disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif. [Je souligne.]

Plus loin dans ses motifs, à la p. 385, le juge Dickson a répété que la Couronne était tenue à des obligations de fiduciaire *malgré* ses fonctions gouvernementales et non à *cause* d’elles :

Comme il se dégage d’ailleurs des décisions portant sur les « fiducies politiques », on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives. Cependant, ce n’est pas parce que c’est à Sa Majesté qu’incombe l’obligation d’agir pour le compte

was pointed out earlier, the Indians' interest in land is an independent legal interest. It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. The Crown's obligation to the Indians with respect to that interest is therefore not a public law duty. While it is not a private law duty in the strict sense either, it is nonetheless in the nature of a private law duty. Therefore, in this *sui generis* relationship, it is not improper to regard the Crown as a fiduciary.

Wilson J., in a concurring opinion, made similar comments, at p. 352:

It seems to me that the "political trust" line of authorities is clearly distinguishable from the present case because Indian title has an existence apart altogether from s. 18(1) of the *Indian Act*. It would fly in the face of the clear wording of the section to treat that interest as terminable at will by the Crown without recourse by the Band.

77

It is true that Dickson J. also noted, at p. 379, that for purposes of identifying a fiduciary duty:

It does not matter, in my opinion, that the present case is concerned with the interest of an Indian Band in a reserve rather than with unrecognized aboriginal title in traditional tribal lands. The Indian interest in the land is the same in both cases

However, he was speaking of disposition of the Indian band interest in an *existing* Indian reserve in a transaction that predated the *Constitution Act, 1982*. Here we are speaking of a government program to *create* reserves in what was not part of the "traditional tribal lands".

78

The *Guerin* concept of a *sui generis* fiduciary duty was expanded in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, to include protection of the aboriginal people's pre-existing and still existing aboriginal and treaty rights within s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. In that regard, it was said at p. 1108:

des Indiens que cette obligation échappe à la portée du principe fiduciaire. Comme nous l'avons souligné plus haut, le droit des Indiens sur leurs terres a une existence juridique indépendante. Il ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. L'obligation qu'a Sa Majesté envers les Indiens en ce qui concerne ce droit n'est donc pas une obligation de droit public. Bien qu'il ne s'agisse pas non plus d'une obligation de droit privé au sens strict, elle tient néanmoins de la nature d'une obligation de droit privé. En conséquence, on peut à bon droit, dans le contexte de ce rapport *sui generis*, considérer Sa Majesté comme un fiduciaire.

Dans son opinion concourante, madame le juge Wilson a fait des commentaires similaires, à la p. 352 :

Il me semble que la jurisprudence relative à la « fiducie politique » se distingue nettement de l'espèce parce que le titre indien existe tout à fait indépendamment du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*. Il serait contraire au texte précis de cette disposition de considérer que Sa Majesté peut, à son gré, mettre fin à ce droit sans que la bande ne dispose d'aucun recours.

Il est vrai que dans *Guerin*, p. 379, le juge Dickson a également fait l'observation suivante, relativement à la détermination de l'existence d'une obligation fiduciaire :

À mon avis, il est sans importance que la présente espèce concerne le droit d'une bande indienne sur une réserve plutôt qu'un titre aborigène non reconnu sur des terres tribales traditionnelles. Le droit des Indiens sur les terres est le même dans les deux cas

Toutefois, il parlait dans cette affaire de l'aliénation de l'intérêt d'une bande indienne dans une réserve *existante*, dans le cadre d'une opération antérieure à la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, nous sommes en présence d'un programme gouvernemental qui visait à *créer* des réserves sur des terres ne faisant pas partie des « terres tribales traditionnelles ».

Dans l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, la portée de la notion d'obligation de fiduciaire *sui generis* énoncée dans *Guerin* a été élargie à la protection des droits existants — ancestraux et issus de traités — des peuples autochtones au sens de l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. On peut lire ce qui suit à cet égard, à la p. 1108 :

The *sui generis* nature of Indian title, and the historic powers and responsibility assumed by the Crown constituted the source of such a fiduciary obligation. In our opinion, *Guerin*, together with *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, ground a general guiding principle for s. 35(1). That is, the Government has the responsibility to act in a fiduciary capacity with respect to aboriginal peoples. The relationship between the Government and aboriginals is trust-like, rather than adversarial, and contemporary recognition and affirmation of aboriginal rights must be defined in light of this historic relationship. [Emphasis added.]

See also: *Quebec (Attorney General) v. Canada (National Energy Board)*, [1994] 1 S.C.R. 159, at p. 185.

The “historic powers and responsibility assumed by the Crown” in relation to Indian rights, although spoken of in *Sparrow*, at p. 1108, as a “general guiding principle for s. 35(1)”, is of broader importance. All members of the Court accepted in *Ross River* that potential relief by way of fiduciary remedies is not limited to the s. 35 rights (*Sparrow*) or existing reserves (*Guerin*). The fiduciary duty, where it exists, is called into existence to facilitate supervision of the high degree of discretionary control gradually assumed by the Crown over the lives of aboriginal peoples. As Professor Slattery commented:

The sources of the general fiduciary duty do not lie, then, in a paternalistic concern to protect a “weaker” or “primitive” people, as has sometimes been suggested, but rather in the necessity of persuading native peoples, at a time when they still had considerable military capacities, that their rights would be better protected by reliance on the Crown than by self-help.

(B. Slattery, “Understanding Aboriginal Rights” (1987), 66 *Can. Bar Rev.* 727, at p. 753)

See also *R. v. Marshall*, [1999] 3 S.C.R. 456, at para. 17; W. R. McMurtry and A. Pratt, “Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution: *Guerin* in Perspective”, [1986] 3 C.N.L.R. 19, at p. 31.

La nature *sui generis* du titre indien de même que les pouvoirs et la responsabilité historiques de Sa Majesté constituent la source de cette obligation de fiduciaire. À notre avis, l’arrêt *Guerin*, conjugué avec l’arrêt *R. v. Taylor and Williams* (1981), 34 O.R. (2d) 360, justifie un principe directeur général d’interprétation du par. 35(1), savoir, le gouvernement a la responsabilité d’agir en qualité de fiduciaire à l’égard des peuples autochtones. Les rapports entre le gouvernement et les autochtones sont de nature fiduciaire plutôt que contradictoire et la reconnaissance et la confirmation contemporaines des droits ancestraux doivent être définies en fonction de ces rapports historiques. [Je souligne.]

Voir aussi : *Québec (Procureur général) c. Canada (Office national de l’énergie)*, [1994] 1 R.C.S. 159, p. 185.

Bien que qualifiée de « principe directeur général d’interprétation du par. 35(1) » dans l’arrêt *Sparrow*, à la p. 1108, la notion de « pouvoirs et [. . .] responsabilité historiques de Sa Majesté » à l’égard des droits des Indiens revêt une importance plus grande encore. Dans l’arrêt *Ross River*, précité, tous les juges de notre Cour ont reconnu que la réparation fondée sur l’existence d’une obligation fiduciaire n’était pas limitée aux droits garantis par l’art. 35 (*Sparrow*) ou aux réserves existantes (*Guerin*). Lorsqu’elle existe, l’obligation de fiduciaire vise à faciliter le contrôle de l’exercice par la Couronne de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires considérables qu’elle a graduellement assumés à l’égard de divers aspects de la vie des peuples autochtones. Comme l’a fait observer le professeur Slattery :

[TRADUCTION] L’obligation générale de fiduciaire ne tire donc pas ses origines d’un souci paternaliste de protéger un peuple « primitif » ou « plus faible », comme on le suggère parfois, mais plutôt de la nécessité de convaincre des peuples autochtones, à une époque où ils avaient encore un potentiel militaire considérable, que l’État protégerait mieux leurs droits qu’ils ne sauraient le faire eux-mêmes.

(B. Slattery, « Understanding Aboriginal Rights » (1987), 66 *R. du B. can.* 727, p. 753)

Voir également : *R. c. Marshall*, [1999] 3 R.C.S. 456, par. 17; W. R. McMurtry et A. Pratt, « Indians and the Fiduciary Concept, Self-Government and the Constitution : *Guerin* in Perspective », [1986] 3 C.N.L.R. 19, p. 31.

80

This *sui generis* relationship had its positive aspects in protecting the interests of aboriginal peoples historically (recall, e.g., the reference in *Royal Proclamation, 1763*, R.S.C. 1985, App. II, No. 1, to the “great Frauds and Abuses [that] have been committed in purchasing Lands of the Indians”), but the degree of economic, social and proprietary control and discretion asserted by the Crown also left aboriginal populations vulnerable to the risks of government misconduct or ineptitude. The importance of such discretionary control as a basic ingredient in a fiduciary relationship was underscored in Professor E. J. Weinrib’s statement, quoted in *Guerin*, *supra*, at p. 384, that: “the hallmark of a fiduciary relation is that the relative legal positions are such that one party is at the mercy of the other’s discretion.” See also: *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, *per* Sopinka J., at pp. 599-600; *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377, *per* La Forest J., at p. 406; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, *per* Wilson J., dissenting, at pp. 135-36. Somewhat associated with the ethical standards required of a fiduciary in the context of the Crown and Aboriginal peoples is the need to uphold the “honour of the Crown”: *R. v. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), *per* MacKinnon A.C.J.O., at p. 367, leave to appeal refused, [1981] 2 S.C.R. xi; *Van der Peet*, *supra*, *per* Lamer C.J., at para. 24; *Marshall*, *supra*, at paras. 49-51.

L’aspect positif de l’établissement de ces rapports *sui generis* fut, historiquement, la protection des intérêts des peuples autochtones (qu’il suffise de rappeler, par exemple, le passage de la *Proclamation royale de 1763*, L.R.C. 1985, App. II, n° 1, précisant « qu’il s’est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages », mais l’étendue de l’autorité et des pouvoirs discrétionnaires assumés par la Couronne à l’égard des populations autochtones sur les plans économique, social et foncier a également eu pour effet d’exposer ces populations aux risques de faute et d’ineptie de la part de la Couronne. L’importance de cette autorité et de ces pouvoirs en tant qu’ingrédients fondamentaux de relations fiduciaires a été soulignée par le professeur E. J. Weinrib dans la phrase suivante, citée dans l’arrêt *Guerin*, précité, p. 384 : [TRADUCTION] « la marque distinctive d’un rapport fiduciaire réside dans le fait que la situation juridique relative des parties est telle que l’une d’elles se trouve à la merci du pouvoir discrétionnaire de l’autre ». Voir aussi : *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge Sopinka, p. 599-600; *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377, le juge La Forest, p. 406; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, madame le juge Wilson, dissidente, p. 135-136. L’obligation de préserver [TRADUCTION] « l’honneur de l’État » est liée d’une certaine façon aux normes éthiques que doit respecter un fiduciaire dans le contexte des rapports entre la Couronne et les peuples autochtones : *R. c. Taylor* (1981), 34 O.R. (2d) 360 (C.A.), le juge en chef adjoint MacKinnon, p. 367, autorisation d’appeler refusée, [1981] 2 R.C.S. xi; *Van der Peet*, précité, le juge en chef Lamer, par. 24; *Marshall*, précité, par. 49-51.

81

But there are limits. The appellants seemed at times to invoke the “fiduciary duty” as a source of plenary Crown liability covering all aspects of the Crown-Indian band relationship. This overshoots the mark. The fiduciary duty imposed on the Crown does not exist at large but in relation to specific Indian interests. In this case we are dealing with land, which has generally played a central role in aboriginal economies and cultures. Land was also the subject matter of *Ross River* (“the lands

L’« obligation de fiduciaire » est toutefois assortie de limites. Les appelantes semblent parfois invoquer cette obligation comme si elle imposait à la Couronne une responsabilité totale à l’égard de tous les aspects des rapports entre la Couronne et les bandes indiennes. C’est aller trop loin. L’obligation de fiduciaire incombant à la Couronne n’a pas un caractère général, mais existe plutôt à l’égard de droits particuliers des Indiens. En l’espèce, ce sont des terres qui sont en jeu, et

occupied by the Band”), *Blueberry River and Guerin* (disposition of existing reserves). Fiduciary protection accorded to Crown dealings with aboriginal interests in land (including reserve creation) has not to date been recognized by this Court in relation to Indian interests other than land outside the framework of s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Since *Guerin*, Canadian courts have experienced a flood of “fiduciary duty” claims by Indian bands across a whole spectrum of possible complaints, for example:

- (i) to structure elections (*Batchewana Indian Band (Non-resident members) v. Batchewana Indian Band*, [1997] 1 F.C. 689 (C.A.), at para. 60; subsequently dealt with in this Court on other grounds);
- (ii) to require the provision of social services (*Southeast Child & Family Services v. Canada (Attorney General)*, [1997] 9 W.W.R. 236 (Man. Q.B.));
- (iii) to rewrite negotiated provisions (*B.C. Native Women’s Society v. Canada*, [2000] 1 F.C. 304 (T.D.));
- (iv) to cover moving expenses (*Paul v. Kingsclear Indian Band* (1997), 137 F.T.R. 275; *Mentuck v. Canada*, [1986] 3 F.C. 249 (T.D.); *Deer v. Mohawk Council of Kahnawake*, [1991] 2 F.C. 18 (T.D.));
- (v) to suppress public access to information about band affairs (*Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)* (1996), 116 F.T.R. 37, aff’d (1999), 251 N.R. 220 (F.C.A.); *Montana Band of Indians v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, [1989] 1 F.C. 143 (T.D.); *Timiskaming Indian Band v. Canada (Minister*

les terres jouent généralement un rôle central dans les économies et cultures autochtones. Des terres étaient également en jeu dans les affaires *Ross River* (« les terres occupées par la Bande ») et *Bande indienne de la rivière Blueberry et Guerin* (aliénation de réserves existantes). Jusqu’à présent, notre Cour n’a pas élargi la protection de l’obligation de fiduciaire applicable aux actes accomplis par la Couronne à l’égard de droits fonciers autochtones (notamment la création de réserves) à d’autres intérêts des Indiens, à l’exception de terres ne faisant pas l’objet de droits visés au par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Depuis l’arrêt *Guerin*, les tribunaux canadiens sont inondés de demandes de tous ordres présentées par des bandes indiennes et fondées sur l’« obligation de fiduciaire », par exemple :

- (i) action en matière de règles électorales (*Bande indienne de Batchewana (membres non-résidents) c. Bande indienne de Batchewana*, [1997] 1 C.F. 689 (C.A.), par. 60, examinée plus tard par notre Cour sur d’autres fondements);
- (ii) action concernant la fourniture de services sociaux (*Southeast Child & Family Services c. Canada (Attorney General)* (1997), 9 W.W.R. 236 (B.R. Man.));
- (iii) action en modification de dispositions négociées (*B.C. Native Women’s Society c. Canada*, [2000] 1 C.F. 304 (1^{re} inst.));
- (iv) demandes d’indemnisation de frais de déménagement (*Paul c. Bande indienne de Kingsclear*, [1997] A.C.F. n° 1358 (QL) (1^{re} inst.); *Mentuck c. Canada*, [1986] 3 C.F. 249 (1^{re} inst.); *Deer c. Conseil Mohawk de Kahnawake*, [1991] 2 C.F. 18 (1^{re} inst.));
- (v) action visant à interdire l’accès par le public aux renseignements concernant les affaires des bandes (*Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1996] A.C.F. n° 991 (QL) (1^{re} inst.), conf. par [1999] A.C.F. n° 1822 (QL) (C.A.); *Bande indienne de Montana c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord*

of *Indian and Northern Affairs*) (1997), 132 F.T.R. 106);

(vi) to require legal aid funding (*Ominayak v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1987] 3 F.C. 174 (T.D.));

(vii) to compel registration of individuals under the *Indian Act* (rejected in *Tuplin v. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (P.E.I.S.C.T.D.));

(viii) to invalidate a consent signed by an Indian mother to the adoption of her child (rejected in *G. (A.P.) v. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (Alta. Q.B.)).

83

I offer no comment about the correctness of the disposition of these particular cases on the facts, none of which are before us for decision, but I think it desirable for the Court to affirm the principle, already mentioned, that not all obligations existing between the parties to a fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature (*Lac Minerals, supra*, at p. 597), and that this principle applies to the relationship between the Crown and aboriginal peoples. It is necessary, then, to focus on the particular obligation or interest that is the subject matter of the particular dispute and whether or not the Crown had assumed discretionary control in relation thereto sufficient to ground a fiduciary obligation.

84

I note, for example, what was said by Rothstein J.A. in *Chippewas of the Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian and Northern Affairs)*, *supra*, at para. 6:

The second argument is that the Government of Canada has a fiduciary duty to the appellants not to disclose the information in question because some of it relates to Indian land. We are not dealing here with the

canadien), [1989] 1 C.F. 143 (1^{re} inst.); *Bande indienne de Témiscamingue c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1997] A.C.F. n^o 676 (QL) (1^{re} inst.);

(vi) action relative au financement de procédures judiciaires (*Ominayak c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1987] 3 C.F. 174 (1^{re} inst.));

(vii) demande visant à contraindre l'inscription de certaines personnes sous le régime de la *Loi sur les Indiens* (rejetée dans *Tuplin c. Canada (Indian and Northern Affairs)* (2001), 207 Nfld. & P.E.I.R. 292 (C.S.Î.-P.-É. 1^{re} inst.));

(viii) demande d'invalidation de consentement écrit signé par une mère autochtone relativement à l'adoption de son enfant (rejetée dans *G. (A.P.) c. A. (K.H.)* (1994), 120 D.L.R. (4th) 511 (B.R. Alb.)).

Je ne ferai aucun commentaire sur le bien-fondé, eu égard aux faits qui leur sont propres, des décisions rendues dans les affaires susmentionnées, dont aucune ne fait actuellement l'objet d'un pourvoi devant nous, mais il convient selon moi que la Cour confirme le principe, mentionné plus tôt, selon lequel les obligations liant des parties ayant des rapports fiduciaires n'ont pas toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, p. 597), et que ce principe s'applique aux rapports entre la Couronne et les peuples autochtones. Par conséquent, il est nécessaire de s'attacher à l'obligation ou droit particulier qui est l'objet du différend et de se demander si la Couronne exerçait ou non à cet égard un pouvoir discrétionnaire suffisant pour faire naître une obligation de fiduciaire.

À titre d'exemple, je tiens à citer les propos suivants du juge Rothstein de la Cour d'appel fédérale dans l'arrêt *Première nation Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, précité, par. 6 :

Le deuxième argument est que le gouvernement du Canada a une obligation fiduciaire envers les appelants de ne pas communiquer les renseignements en question parce que certains d'entre eux ont trait à des terres indiennes.

surrender of reserve land, as was the case in *Guerin v. Canada*. Nor are we dealing with Aboriginal rights under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*. This case is about whether certain information submitted to the government by the appellants should be disclosed under the *Access to Information Act*. [Emphasis added.]

See also *Lac La Ronge Indian Band v. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (Sask. C.A.); *Cree Regional Authority v. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (F.C.T.D.); *Tsawwassen Indian Band v. Canada (Minister of Finance)* (1998), 145 F.T.R. 1; *Westbank First Nation v. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (B.C.S.C.).

I do not suggest that the existence of a public law duty necessarily excludes the creation of a fiduciary relationship. The latter, however, depends on identification of a cognizable Indian interest, and the Crown's undertaking of discretionary control in relation thereto in a way that invokes responsibility "in the nature of a private law duty", as discussed below.

N. *Application of Fiduciary Principles to Indian Lands*

For the reasons which follow, it is my view that the appellant bands' submissions in these appeals with respect to the existence and breach of a fiduciary duty cannot succeed:

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.
2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown's duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge

Nous ne sommes pas en présence de cession de terres d'une réserve tel que c'était le cas dans l'affaire *Guérin c. La Reine*. Nous ne sommes pas non plus en présence de droits des peuples autochtones visés à l'article 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*. En l'espèce, il s'agit de déterminer si certains renseignements que les appelants ont fournis au gouvernement devraient être communiqués en vertu de la *Loi sur l'accès à l'information*. [Je souligne.]

Voir aussi *Lac La Ronge Indian Band c. Canada* (2001), 206 D.L.R. (4th) 638 (C.A. Sask.); *Administration régionale crie c. Robinson*, [1991] 4 C.N.L.R. 84 (C.F. 1^{re} inst.); *Bande indienne des Tsawwassen c. Canada (Ministre des Finances)*, [1998] A.C.F. n^o 370 (QL) (1^{re} inst.); *Westbank First Nation c. British Columbia* (2000), 191 D.L.R. (4th) 180 (C.S.C.-B.).

Je ne prétends pas que l'existence d'une obligation de droit public exclut nécessairement la création de rapports fiduciaires. Toutefois, pour que naissent de tels rapports, il faut qu'il existe un droit indien identifiable et que la Couronne exerce, à l'égard de ce droit, des pouvoirs discrétionnaires d'une manière entraînant une responsabilité « de la nature d'une obligation de droit privé », comme nous le verrons plus loin.

N. *Application aux terres indiennes des principes relatifs à l'obligation de fiduciaire*

Pour les motifs qui suivent, je suis d'avis que les arguments avancés par les bandes appelantes dans les présents pourvois relativement à l'existence d'une obligation de fiduciaire et au manquement à cette obligation ne sauraient être retenus.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.
2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l'obligation de la

85

86

of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band's reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay "equitable" compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

87 I propose to discuss each of these propositions in turn.

1. The content of the Crown's fiduciary duty towards aboriginal peoples varies with the nature and importance of the interest sought to be protected. It does not provide a general indemnity.

88 In *Ross River, supra*, the Court affirmed that "[a]lthough this is not at stake in the present appeal, it should not be forgotten that the exercise of this particular power [of reserve creation] remains subject to the fiduciary obligations of the Crown as well as to the constitutional rights and obligations which arise under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*" (LeBel J., at para. 62). Further, "it must not be forgotten that the actions of the Crown with respect to the lands occupied by the Band will be governed by the fiduciary relationship which exists between

Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l'exécution de son mandat, de communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et d'exercice de la prudence ordinaire dans l'intérêt des bénéficiaires autochtones de l'obligation.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

4. En l'espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu'aucune des deux bandes appelantes ne possède d'intérêt bénéficiaire dans la réserve de l'autre, aucun recours en equity n'est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu'elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l'exécution d'obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l'acquiescement et le manque de diligence.

Je vais examiner chacune de ces propositions à tour de rôle.

1. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne envers les peuples autochtones varie selon la nature et l'importance des intérêts à protéger. Cette obligation ne constitue pas une garantie générale.

Dans l'arrêt *Ross River*, précité, la Cour a affirmé que « [b]ien qu'il ne s'agisse pas là d'une question en litige dans le présent pourvoi, il ne faut cependant pas oublier que l'exercice de ce pouvoir particulier [création de réserves] demeure évidemment assujéti au respect des obligations et droits constitutionnels établis par l'art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982* ainsi qu'aux obligations de fiduciaire de la Couronne » (le juge LeBel, par. 62). La Cour a ajouté ceci, au par. 77 : « il ne faut pas oublier que les actes accomplis par la Couronne relativement

the Crown and the Band. It would certainly be in the interests of fairness for the Crown to take into consideration in any future negotiations the fact that the Ross River Band has occupied these lands for almost half a century” (para. 77).

In the present case the reserve-creation process dragged on from about 1878 to 1928, a period of 50 years. From at least 1907 onwards, the Department treated the reserves as having come into existence, which, in terms of actual occupation, they had. It cannot reasonably be considered that the Crown owed no fiduciary duty during this period to bands which had not only gone into occupation of provisional reserves, but were also entirely dependent on the Crown to see the reserve-creation process through to completion.

The issue, for present purposes, is to define the content of the fiduciary duty “with respect to the lands occupied by the Band” (*Ross River, supra*, at para. 77) at the reserve-creation stage insofar as is necessary for the disposition of these appeals.

The situation here, unlike *Guerin*, does not involve the Crown interposing itself between an Indian band and non-Indians with respect to an existing Indian interest in lands. Nor does it involve the Crown as “faithless fiduciary” failing to carry out a mandate conferred by a band with respect to disposition of a band asset. The federal Crown in this case was carrying out various functions imposed by statute or undertaken pursuant to federal-provincial agreements. Its mandate was not the *disposition* of an existing Indian interest in the subject lands, but the *creation* of an altogether new interest in lands to which the Indians made no prior claim by way of treaty or aboriginal right.

This is not to suggest that a fiduciary duty has no role to play in these circumstances. It is to say, however, that caution must be exercised. As stated, even in the traditional trust context not all obligations existing between the parties to a well-

aux terres occupées par la Bande sont régis par les rapports de fiduciaire qui existent entre cette dernière et la Couronne. Il serait certainement conforme à l’équité que, dans toutes négociations futures, la Couronne tienne compte du fait que la bande de Ross River occupe ces terres depuis près d’un demi-siècle ».

Dans la présente affaire, le processus de création de réserves s’est étalé de 1878 environ à 1928, soit sur une période de 50 ans. À partir de 1907 au moins, le ministère a considéré que les réserves existaient, ce qui était effectivement le cas, eu égard au fait qu’elles étaient concrètement occupées. On ne peut raisonnablement affirmer que, durant cette période, la Couronne n’avait aucune obligation de fiduciaire envers les bandes concernées qui, en plus d’occuper les réserves provisoires, étaient entièrement tributaires de la Couronne pour que le processus de création des réserves aboutisse.

En l’espèce, il faut définir, dans la mesure nécessaire pour statuer sur les présents pourvois, en quoi consiste, à l’étape de la création de la réserve, l’obligation de fiduciaire « relativement aux terres occupées par la Bande » (*Ross River*, précité, par. 77).

En l’espèce, contrairement à l’affaire *Guerin*, il ne s’agit pas d’un cas où la Couronne a agi comme intermédiaire entre une bande indienne et des non-Indiens au sujet d’un droit indien existant sur des terres. Il ne s’agit pas non plus d’une situation où la Couronne s’est conduit en « fiduciaire déloyal » en n’exécutant pas le mandat d’aliéner un actif que lui avait confié une bande. Dans la présente affaire, la Couronne fédérale s’acquittait de diverses fonctions qui lui incombaient aux termes de la Loi ou d’accords fédéraux-provinciaux. Elle n’avait pas pour mandat d’*aliéner* un droit indien existant sur les terres en cause, mais de *créer* un intérêt entièrement nouveau visant des terres que les Indiens ne revendiquaient pas déjà en vertu d’un droit ancestral ou issu de traités.

Cela ne veut pas dire que l’obligation de fiduciaire ne joue aucun rôle dans de telles circonstances. Mais il faut toutefois faire montre de circonspection. Comme il a été indiqué précédemment, même dans le cadre d’une fiducie traditionnelle, les obligations

89

90

91

92

recognized fiduciary relationship are themselves fiduciary in nature: *Lac Minerals, supra, per Sopinka J.*, at pp. 597 *et seq.* Moreover, as pointed out by La Forest J. in *McInerney v. MacDonald*, [1992] 2 S.C.R. 138, not all fiduciary relationships and not all fiduciary obligations are the same: “[T]hese are shaped by the demands of the situation” (p. 149). Thus, for example, the singular demands of the administration of justice drive and “shape” the content of the fiduciary relationship between solicitor and client: *R. v. Neil*, [2002] 3 S.C.R. 631, 2002 SCC 70. These observations are of particular importance in a case where the fiduciary is also the government, as the Court in *Guerin* fully recognized (p. 385). (In the case of rival bands asserting overlapping claims to s. 35 aboriginal title over the same land, for example, the Crown is caught truly and unavoidably in the middle, but that is not the case here.)

qui existent entre les parties à des relations généralement reconnues comme fiduciaires n’ont pas nécessairement toutes un caractère fiduciaire (*Lac Minerals*, précité, le juge Sopinka, p. 597 et suiv.). En outre, comme l’a souligné le juge La Forest dans l’arrêt *McInerney c. MacDonald*, [1992] 2 R.C.S. 138, les relations et les obligations de fiduciaires ne sont pas toutes identiques, « elles sont tributaires des exigences de la situation » (p. 149). Ainsi, l’étendue de l’obligation de fiduciaire qui incombe à l’avocat envers son client est tributaire des exigences particulières de l’administration de la justice : *R. c. Neil*, [2002] 3 R.C.S. 631, 2002 CSC 70. Ces observations sont particulièrement importantes lorsque le fiduciaire est le gouvernement, comme notre Cour l’a pleinement reconnu dans l’arrêt *Guerin* (p. 385). (Lorsque, par exemple, deux bandes rivales revendiquent le titre ancestral sur les mêmes terres en vertu de l’art. 35, la Couronne se retrouve inévitablement au beau milieu du différend, mais ce n’est pas le cas en l’espèce.)

93

The starting point in this analysis, therefore, is the Indian bands’ interest in specific lands that were subject to the reserve-creation process for their benefit, and in relation to which the Crown constituted itself the exclusive intermediary with the province. The task is to ascertain the content of the fiduciary duty in relation to those specific circumstances.

Le point de départ de l’analyse est par conséquent le droit des bandes indiennes sur des terres précises ayant fait l’objet du processus de création de réserves pour leur bénéfice et à l’égard desquelles la Couronne s’est constituée l’intermédiaire exclusif auprès de la province. Notre tâche consiste à définir l’étendue de l’obligation de fiduciaire dans ces circonstances particulières.

2. Prior to reserve creation, the Crown exercises a public law function under the *Indian Act* — which is subject to supervision by the courts exercising public law remedies. At that stage a fiduciary relationship may also arise but, in that respect, the Crown’s duty is limited to the basic obligations of loyalty, good faith in the discharge of its mandate, providing full disclosure appropriate to the subject matter, and acting with ordinary prudence with a view to the best interest of the aboriginal beneficiaries.

2. Avant de créer une réserve, la Couronne accomplit une fonction de droit public prévue par la *Loi sur les Indiens*, laquelle fonction est assujettie au pouvoir de supervision des tribunaux compétents pour connaître des recours de droit public. Des rapports fiduciaires peuvent également naître à cette étape, mais l’obligation de la Couronne à cet égard se limite aux devoirs élémentaires de loyauté, de bonne foi dans l’exécution de son mandat, de communication complète de l’information, eu égard aux circonstances, et d’exercice de la prudence ordinaire dans l’intérêt des bénéficiaires autochtones de l’obligation.

94

Insofar as the appellant bands contend for a broad application of a fiduciary duty at the stage of reserve creation in non-s. 35(1) lands (as distinguished from

Comme les bandes appelantes plaident que la notion d’obligation de fiduciaire doit être appliquée largement à l’étape de la création d’une réserve sur

their other arguments concerning existing reserves and reserve disposition), it is necessary to determine what the imposition of a fiduciary duty adds at that stage to the remedies already available at public law. The answer, I think, is twofold. In a substantive sense the imposition of a fiduciary duty attaches to the Crown's intervention the additional obligations of loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the matter at hand and acting in what it reasonably and with diligence regards as the best interest of the beneficiary. In *Blueberry River* McLachlin J. (as she then was), at para. 104, said that "[t]he duty on the Crown as fiduciary was 'that of a man of ordinary prudence in managing his own affairs'". See also D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2nd ed. 1984), at pp. 32-33; *Fales v. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 S.C.R. 302, at p. 315. Secondly, and perhaps more importantly, the imposition of a fiduciary duty opens access to an array of equitable remedies, about which more will be said below.

In this case the intervention of the Crown was positive, in that the federal government sought to create reserves for the appellants out of provincial Crown lands to which these particular bands had no aboriginal or treaty right. As explained, the people of the Laich-kwil-tach First Nation arrived in the Campbell River area at about the same time as the early Europeans (1840-1853). Government intervention from 1871 onwards was designed to protect members of the appellants from displacement by the other newcomers.

When exercising ordinary government powers in matters involving disputes between Indians and non-Indians, the Crown was (and is) obliged to have regard to the interest of all affected parties, not just the Indian interest. The Crown can be no ordinary

des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1) (par opposition à leurs autres arguments concernant les réserves existantes et l'aliénation des réserves), il faut déterminer ce que la reconnaissance d'une telle obligation à cette étape ajoute aux recours de droit public dont elles disposent déjà. À mon avis, la réponse à cette question comporte deux volets. Premièrement, quant au fond, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire assujettit l'intervention de la Couronne à des obligations additionnelles : loyauté, bonne foi, communication complète de l'information, eu égard aux circonstances, et devoir d'agir de façon raisonnable et diligente dans l'intérêt du bénéficiaire de l'obligation. Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 104, madame le juge McLachlin (maintenant Juge en chef) a écrit que, « [e]n tant que fiduciaire, la Couronne avait l'obligation d'agir avec le soin et la diligence "qu'un bon père de famille apporte à l'administration de ses propres affaires" ». Voir également D. W. M. Waters, *Law of Trusts in Canada* (2^e éd. 1984), p. 32-33; *Fales c. Canada Permanent Trust Co.*, [1977] 2 R.C.S. 302, p. 315. Deuxièmement, facteur peut-être plus important encore, la reconnaissance d'une obligation de fiduciaire donne ouverture à une panoplie de recours en equity dont il sera question plus en détail ci-dessous.

En l'espèce, l'intervention de la Couronne a été positive, en ce sens que le gouvernement fédéral entendait créer des réserves en faveur des bandes appelantes sur des terres de la Couronne provinciale à l'égard desquelles ces bandes ne possédaient aucun droit ancestral ou issu de traités. Comme il a été expliqué plus tôt, la Première nation Laich-kwil-tach est arrivée dans la région de Campbell River à peu près en même temps que les premiers Européens (entre 1840 et 1853). Le gouvernement est intervenu, à partir de 1871, pour empêcher que les membres des bandes appelantes soient déplacés par les autres nouveaux arrivants.

Dans l'exercice de ses pouvoirs ordinaires de gouvernement dans le cadre de différends opposant des Indiens et des non-Indiens, la Couronne avait (et a encore) l'obligation de prendre en considération les intérêts de toutes les parties concernées, non

95

96

fiduciary; it wears many hats and represents many interests, some of which cannot help but be conflicting: *Samson Indian Nation and Band v. Canada*, [1995] 2 F.C. 762 (C.A.). As the Campbell River Band acknowledged in its factum, “[t]he Crown’s position as fiduciary is necessarily unique” (para. 96). In resolving the dispute between Campbell River Band members and the non-Indian settlers named Nunns, for example, the Crown was not solely concerned with the band interest, nor should it have been. The Indians were “vulnerable” to the adverse exercise of the government’s discretion, but so too were the settlers, and each looked to the Crown for a fair resolution of their dispute. At that stage, prior to reserve creation, the Court cannot ignore the reality of the conflicting demands confronting the government, asserted both by the competing bands themselves and by non-Indians. As Dickson J. said in *Guerin*, *supra*, at p. 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. [Emphasis added.]

97

Here, as in *Ross River*, the nature and importance of the appellant bands’ interest in these lands prior to 1938, and the Crown’s intervention as the exclusive intermediary to deal with others (including the province) on their behalf, imposed on the Crown a fiduciary duty to act with respect to the interest of the aboriginal peoples with loyalty, good faith, full disclosure appropriate to the subject matter and with “ordinary” diligence in what it reasonably regarded as the best interest of the beneficiaries. As the dispute evolved into conflicting demands between the appellant bands themselves, the Crown continued to exercise public law duties in its attempt to ascertain “the places they wish to have” (as stated at para. 24), and, as a fiduciary, it was the Crown’s duty to be

pas seulement les intérêts des Indiens. La Couronne ne saurait être un fiduciaire ordinaire; elle agit en plusieurs qualités et représente de nombreux intérêts, dont certains sont immanquablement opposés : *Nation et Bande des Indiens Samson c. Canada*, [1995] 2 C.F. 762 (C.A.). Comme l’a reconnu la bande de Campbell River au par. 96 de son mémoire, [TRADUCTION] « [l]a situation de la Couronne en tant que fiduciaire est nécessairement unique ». Par exemple, lorsque la Couronne a résolu le différend entre les membres de la Bande de Campbell River et des colons non-indiens du nom de Nunns, elle n’a pas tenu compte seulement des intérêts de la bande, et il ne fallait pas qu’elle le fasse. Si les Indiens étaient « vulnérables » à la prise par le gouvernement de mesures défavorables à leur endroit dans l’exercice de son pouvoir discrétionnaire, les colons l’étaient eux aussi, et les deux parties attendaient du gouvernement qu’il règle leur différend de façon juste. À cette étape, avant la création des réserves, la Cour ne peut faire abstraction du fait que le gouvernement était aux prises avec des demandes conflictuelles, émanant et des bandes rivales elles-mêmes et de non-Indiens. Comme a dit le juge Dickson dans l’arrêt *Guerin*, précité, p. 385 :

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n’existe d’obligations de fiduciaire que dans le cas d’obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l’acquittement nécessite l’exercice d’un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. [Je souligne.]

En l’espèce, tout comme dans l’arrêt *Ross River*, la nature et l’importance du droit des bandes appelantes sur ces terres avant 1938, ainsi que l’intervention de la Couronne pour leur compte, en tant qu’intermédiaire exclusif auprès de tiers (y compris la province), ont imposé à la Couronne l’obligation de fiduciaire de faire montre de loyauté et de bonne foi, de communiquer l’information de façon complète, eu égard aux circonstances, et d’agir avec la diligence « ordinaire » requise dans ce qu’elle considérerait raisonnablement être l’intérêt des bénéficiaires de cette obligation. À mesure que le différend a évolué et en est venu à porter sur les revendications opposées des bandes elles-mêmes, la Couronne a continué de s’acquitter d’obligations de droit public

even-handed towards and among the various beneficiaries. An assessment of the Crown's discharge of its fiduciary obligations at the reserve-creation stage must have regard to the context of the times. The trial judge concluded that each of these obligations was fulfilled, and we have been given no persuasive reason to hold otherwise.

3. Once a reserve is created, the content of the Crown's fiduciary duty expands to include the protection and preservation of the band's quasi-proprietary interest in the reserve from exploitation.

The content of the fiduciary duty changes somewhat after reserve creation, at which the time the band has acquired a "legal interest" in its reserve, even if the reserve is created on non-s. 35(1) lands. In *Guerin*, Dickson J. said the fiduciary "interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown" (p. 382). These dicta should not be read too narrowly. Dickson J. spoke of surrender because those were the facts of the *Guerin* case. As this Court recently held, expropriation of an existing reserve equally gives rise to a fiduciary duty: *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, 2001 SCC 85. See also *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.).

At the time of reserve *disposition* the content of the fiduciary duty may change (e.g. to include the implementation of the wishes of the band members). In *Blueberry River*, McLachlin J. observed at para. 35:

It follows that under the *Indian Act*, the Band had the right to decide whether to surrender the reserve, and its decision was to be respected. At the same time, if the

en s'efforçant de déterminer [TRADUCTION] « les endroits qu'[elles] souhait[ai]ent obtenir » (tel qu'il a été indiqué plus tôt, au par. 24), et il incombait à la Couronne, en tant que fiduciaire, d'agir avec équité envers les divers bénéficiaires de l'obligation. Pour apprécier la façon dont la Couronne s'est acquittée de ses obligations de fiduciaire à l'étape de la création des réserves, il faut tenir compte de la situation qui existait à l'époque. Le juge de première instance a conclu que la Couronne avait respecté chacune de ces obligations et on ne nous a présenté aucune raison justifiant de conclure différemment.

3. Après la création de la réserve, la portée de l'obligation de fiduciaire de la Couronne s'élargit et vise la préservation de l'intérêt quasi propriétaire de la bande dans la réserve et la protection de la bande contre l'exploitation à cet égard.

Le contenu de l'obligation fiduciaire change quelque peu après la création de la réserve, moment où la bande acquiert un « intérêt en common law » dans la réserve, même si celle-ci est créée sur des terres ne faisant pas l'objet de droits visés au par. 35(1). Dans l'arrêt *Guerin*, p. 382, le juge Dickson a affirmé que cet intérêt, « lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté [une] obligation de fiduciaire particulière ». Il ne faut pas interpréter trop strictement ces affirmations. Le juge Dickson parlait de cession parce qu'il s'agissait de la situation en cause dans *Guerin*. Comme notre Cour a jugé récemment, l'expropriation d'une réserve existante donne également naissance à une obligation de fiduciaire (*Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746, 2001 CSC 85; voir également *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.)).

Lors de l'*aliénation* de la réserve, l'étendue de l'obligation fiduciaire peut changer (et, par exemple, inclure la mise à exécution des souhaits exprimés par les membres de la bande). Dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, madame le juge McLachlin a fait l'observation suivante, au par. 35 :

Il s'ensuit que, en vertu de la *Loi des Indiens*, les bandes avaient le droit de décider si elles voulaient céder leur réserve, et que leur décision devait être respectée. Par

98

99

Band's decision was foolish or improvident — a decision that constituted exploitation — the Crown could refuse to consent. In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

To the same effect see *R. v. Lewis*, [1996] 1 S.C.R. 921, *per* Iacobucci J., at para. 52, and, in another context, *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, *per* La Forest J., at pp. 129-30.

100 It is in the sense of “exploitative bargain”, I think, that the approach of Wilson J. in *Guerin* should be understood. Speaking for herself, Ritchie and McIntyre JJ., Wilson J. stated that prior to any disposition the Crown has “a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction” (p. 350). The “interests” to be protected from invasion or destruction, it should be emphasized, are legal interests, and the threat to their existence, as in *Guerin* itself, is the exploitative bargain (e.g. the lease with the Shaughnessy Heights Golf Club that in *Guerin* was found to be “unconscionable”). This is consistent with *Blueberry River* and *Lewis*. Wilson J.'s comments should be taken to mean that ordinary diligence must be used by the Crown to avoid invasion or destruction of the band's quasi-property interest by an exploitative bargain with third parties or, indeed, exploitation by the Crown itself. (Of course, there will also be cases dealing with the ordinary accountability by the Crown, as fiduciary, for its administrative control over the reserve and band assets.)

101 The Cape Mudge appellants contend that the Crown breached its fiduciary duty with respect to its two reserves (while attacking the trial judge's rejection of this factual premise) by permitting (or even encouraging) the *1907 Resolution*. They have been deprived of their legal interest in Reserve No.

ailleurs, si la décision de la bande concernée était imprudente ou inconsidérée — et équivalait à de l'exploitation — la Couronne pouvait refuser son consentement. Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

Des opinions au même effet ont été exprimées dans *R. c. Lewis*, [1996] 1 R.C.S. 921, le juge Iacobucci, par. 52, et, dans un autre contexte, dans l'arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, le juge La Forest, p. 129-130.

C'est dans le contexte des « marchés abusifs » qu'il faut, je crois, comprendre l'approche du juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*. S'exprimant en son nom et au nom des juges Ritchie et McIntyre, madame le juge Wilson a déclaré que, avant toute aliénation, la Couronne a « l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiètement » (p. 350). Les « droits » à protéger de l'extinction ou de l'empiètement sont, il faut le souligner, des intérêts en common law, et ce qui les menace doit être, comme dans l'arrêt *Guerin* lui-même, un marché abusif (par exemple dans cette dernière affaire, le bail consenti au club de golf Shaughnessy Heights, qui a été jugé « déraisonnable »). Cette interprétation est compatible avec les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry* et *Lewis*. Les propos du juge Wilson doivent être considérés comme indiquant que la Couronne doit faire montre de la diligence ordinaire requise pour éviter l'empiètement ou la destruction de l'intérêt quasi propriété de la bande en raison d'un marché abusif avec des tiers, voire de mesures qui seraient prises par la Couronne elle-même et constitueraient de l'exploitation. (Il va de soi qu'il surviendra également des affaires où il sera question de la responsabilité ordinaire de la Couronne, en tant que fiduciaire, relativement aux pouvoirs administratifs qu'elle exerce à l'égard de la réserve et des biens de la bande.)

La bande de Cape Mudge appelante prétend que la Couronne a manqué à son obligation de fiduciaire à l'égard des deux réserves de la bande (tout en contestant le rejet de cette prémisse factuelle par le juge de première instance) en permettant (voire en encourageant) l'adoption de la *Résolution de 1907*.

11, they say, by an “exploitative bargain”. They gave away 350 acres for nothing.

While the reserves were not constituted, as a matter of law, until 1938, I would be prepared to assume that, for purposes of this argument, the fiduciary duty was in effect in 1907. The Cape Mudge Band argument is nevertheless unconvincing. I do not accept what, with respect, is its shaky factual premise, i.e., that the band “gave away” Reserve No. 11 as opposed to entering a quit claim in favour of a sister band with a superior interest. More importantly, this argument rests on a misconception of the Crown’s fiduciary duty. The Cape Mudge forbears, whose conduct is now complained of, were autonomous actors, apparently fully informed, who intended in good faith to resolve a “difference of opinion” with a sister band. They were not dealing with non-Indian third parties (*Guerin*, at p. 382). It is patronizing to suggest, on the basis of the evidentiary record, that they did not know what they were doing, or to reject their evaluation of a fair outcome. Taken in context, and looking at the substance rather than the form of what was intended, the *1907 Resolution* was not in the least exploitative.

While courts applying principles of equity rightly insist on flexibility to deal with the unforeseeable and infinite variety of circumstances and interests that may arise, and which will fall to be decided under equitable rules, it must be said that the bold attempt of the appellant bands to extend their claim to fiduciary relief on the present facts is overly ambitious.

On the other hand, the trial judge and the Federal Court of Appeal adopted, with respect, too restricted a view of the content of the fiduciary duty owed by

Elle soutient que ses membres ont été privés de leur intérêt en common law dans la réserve n° 11 par suite d’un [TRADUCTION] « marché abusif ». Ils ont cédé 350 acres sans recevoir de contrepartie.

Bien que, juridiquement, les réserves n’aient pas été constituées avant 1938, je suis disposé à supposer, pour l’examen du présent argument, que l’obligation de fiduciaire existait en 1907. L’argument de la bande de Cape Mudge n’est malgré tout pas convaincant. En toute déférence, je n’accepte pas sa prémisse factuelle contestable, à savoir que la bande « a cédé [la réserve n° 11] sans recevoir de contrepartie » au lieu de signer une cession par renonciation en faveur d’une bande sœur possédant un droit supérieur. Facteur plus important encore, cet argument procède d’une mauvaise compréhension de l’obligation de fiduciaire de la Couronne. Les ancêtres des membres de la bande de Cape Mudge, dont on critique maintenant la conduite, étaient des acteurs autonomes, apparemment bien informés, qui voulaient de bonne foi résoudre une [TRADUCTION] « divergence d’opinions » avec une bande sœur. Ils ne traitaient pas avec des tiers non indiens (*Guerin*, p. 382). Il est condescendant de prétendre, sur la foi de la preuve au dossier, que ces prédécesseurs ne savaient pas ce qu’ils faisaient, ou encore de rejeter ce que ces personnes ont considéré être un résultat juste. Lorsqu’on la replace dans son contexte et qu’on s’attache à la substance du but poursuivi plutôt qu’à la forme choisie pour le réaliser, la *Résolution de 1907* n’avait absolument rien d’abusif.

Bien que les tribunaux appliquant des principes d’équité insistent à raison sur la nécessité de faire preuve de souplesse devant l’imprévisibilité et l’infinie diversité des situations et des droits sur lesquels ils peuvent avoir à se prononcer en faisant appel aux règles de l’équité, il importe de souligner que la tentative énergique des bandes appelantes d’élargir la portée de leur demande pour disposer des recours ouverts en matière fiduciaire à partir des faits de la présente affaire est trop ambitieuse.

Par ailleurs, en toute déférence, j’estime que le juge de première instance et la Cour d’appel ont défini trop restrictivement la portée de l’obligation

102

103

104

the Crown to the Indian bands with respect to their existing quasi-proprietary interest in their respective reserves. In their view, the Crown discharged its fiduciary duty with respect to existing reserves by balancing “the interests of both the Cape Mudge Indians and the Campbell River Indians and to resolve their conflict regarding the use and occupation of the [Laich-kwil-tach] reserves . . . [without favouring] the interests of one band over the interest of the other” (para. 493 F.T.R. and para. 121 N.R.). With respect, the role of honest referee does not exhaust the Crown’s fiduciary obligation here. The Crown could not, merely by invoking competing interests, shirk its fiduciary duty. The Crown was obliged to preserve and protect each band’s legal interest in the reserve which, on a true interpretation of events, had been allocated to it. In my view it did so.

4. In this case, as the appellant bands have rightly been held to lack any beneficial interest in the other band’s reserve, equitable remedies are not available either to dispossess an incumbent band that is entitled to the beneficial interest, or to require the Crown to pay “equitable” compensation for its refusal to bring about such a dispossession.

105

The various technical arguments arrayed by the bands are, in any event, singularly inappropriate in a case where they seek equitable remedies. As noted, each band has, over the past 65 or more years, reasonably relied on the repeated declarations and disclaimers of its sister band, and on the continuance of the *status quo*, to reside on and improve its reserve.

106

Reserves Nos. 11 and 12 were formally created when the federal Crown obtained administration and control of the subject lands in 1938. At that time, as outlined above, the appellant bands had manifested on several occasions their acknowledgement that the

de fiduciaire qui incombe à la Couronne envers les bandes indiennes à l’égard de leur intérêt quasi propriétaire dans leur réserve respective. À leur avis, la Couronne s’est acquittée de son obligation de fiduciaire relativement aux réserves existantes en conciliant « les intérêts des Indiens tant de Cape Mudge que de Campbell River et [en résolvant] le conflit sur l’utilisation et l’occupation des réserves des [Laich-kwil-tach] [. . .] [sans] favoriser les intérêts d’une bande au dépens de ceux de l’autre » (par. 495 (1^{re} inst.) et par. 67 (C.A.)). Avec égards pour l’opinion contraire, l’obligation de fiduciaire ne se limite pas en l’espèce au rôle d’arbitre désintéressé. La Couronne ne pouvait pas se dérober à son obligation de fiduciaire simplement en invoquant l’existence d’intérêts opposés. La Couronne avait l’obligation de préserver et protéger l’intérêt en common law dans la réserve qui, suivant l’interprétation qu’il convient de donner des événements, avait été attribué à chaque bande. À mon avis, c’est ce qu’elle a fait.

4. En l’espèce, comme il a, à juste titre, été jugé qu’aucune des deux bandes appelantes ne possède d’intérêt bénéficiaire dans la réserve de l’autre, aucun recours en equity n’est ouvert soit pour déposséder la bande rivale de son intérêt bénéficiaire dans la réserve qu’elle occupe, soit pour obliger la Couronne à verser une indemnité en equity en raison de son refus de procéder à une telle dépossession.

Quoi qu’il en soit, j’estime que les divers arguments de forme invoqués par les bandes sont singulièrement inappropriés dans une affaire où elles sollicitent des réparations en equity. Comme je l’ai signalé plus tôt, depuis au moins 65 ans, s’appuyant de façon raisonnable sur les déclarations et renonciations successives de sa bande sœur, ainsi que sur la persistance du statu quo, chacune des bandes a vécu dans sa propre réserve et y a apporté des améliorations.

Les réserves n^{os} 11 et 12 ont été officiellement créées lorsque la Couronne fédérale a obtenu, en 1938, la maîtrise et l’administration des terres qui les constituaient. À cette date, comme je l’ai indiqué précédemment, les bandes appelantes avaient reconnu à

beneficial interest in Reserve No. 11 resided in the Campbell River Band and the beneficial interest in Reserve No. 12 resided in the Cape Mudge Band. The equitable remedies sought by the appellant bands necessarily address the disposition of the *beneficial* or equitable interest. The trial judge found as a fact (although not using these precise terms) that the equitable interests are reflected in the *status quo*. A mandatory injunction is not available to dispossess the rightful incumbent. Nor is there any requirement on the Crown to pay *equitable* compensation to a claimant band to substitute for an equitable or beneficial interest that does not belong to it.

5. Enforcement of equitable duties by equitable remedies is subject to the usual equitable defences, including laches and acquiescence.

One of the features of equitable remedies is that they not only operate “on the conscience” of the wrongdoer, but require equitable conduct on the part of the claimant. They are not available as of right. Equitable remedies are always subject to the discretion of the court: *Frame v. Smith, supra*, at p. 144; *Canson Enterprises Ltd. v. Boughton & Co.*, [1991] 3 S.C.R. 534, at p. 589; *Performance Industries Ltd. v. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 S.C.R. 678, 2002 SCC 19, at para. 66.

Equity has developed a number of defences that are available to a defendant facing an equitable claim such as a claim for breach of fiduciary duty. One of them, the doctrine of laches and acquiescence, is particularly applicable here. This equitable doctrine applies even if a claim is not barred by statute. The British Columbia *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 236 (previously the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37), which is incorporated into federal law by s. 39(1) of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, explicitly so acknowledged in s. 2:

plusieurs reprises que l’intérêt bénéficiaire relatif à la réserve n° 11 appartenait à la bande de Campbell River et que celui relatif à la réserve n° 12 appartenait à la bande de Cape Mudge. Les recours en equity intentés par les bandes appelantes sont nécessairement fondés sur l’aliénation d’un intérêt *bénéficiaire* ou en equity. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait selon laquelle le statu quo reflétait la situation des intérêts en equity (quoiqu’il ne se soit pas exprimé exactement en ces termes). On ne saurait déposséder un occupant légitime par voie d’injonction. La Couronne ne saurait non plus être obligée de verser une indemnité en equity à une bande pour remplacer un intérêt en equity ou bénéficiaire qui n’appartient pas à cette dernière.

5. Les recours en equity exercés pour obtenir l’exécution d’obligations en equity donnent ouverture aux moyens de défense habituels de cette nature, notamment celui fondé sur l’acquiescement et le manque de diligence.

L’une des caractéristiques des recours en equity est qu’ils ne font pas seulement appel « à la conscience » de l’auteur de la faute, mais qu’ils exigent en outre une conduite équitable de la part de celui qui demande réparation. Il n’y a pas ouverture de plein droit à ces recours, ceux-ci dépendent toujours du pouvoir discrétionnaire du tribunal : *Frame c. Smith*, précité, p. 144; *Canson Enterprises Ltd. c. Boughton & Co.*, [1991] 3 R.C.S. 534, p. 589; *Performance Industries Ltd. c. Sylvan Lake Golf & Tennis Club Ltd.*, [2002] 1 R.C.S. 678, 2002 CSC 19, par. 66.

Il s’est développé, en equity, certains moyens de défense opposables aux recours en equity, par exemple les recours fondés sur un manquement à une obligation de fiduciaire. L’un d’eux, la règle de l’acquiescement et du manque de diligence, est particulièrement pertinent ici. Cette règle d’equity s’applique même dans les cas où la demande n’est pas prescrite par la loi. La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Limitation Act*, R.S.B.C. 1979, ch. 236 (auparavant la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, ch. 37), qui est incorporée au droit fédéral par le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. 1985, ch. F-7, l’indique expressément à l’art. 2 :

107

108

2. Nothing in this Act interferes with

- (a) a rule of equity that refuses relief, on the grounds of acquiescence, to a person whose right to bring an action is not barred by this Act;
- (b) a rule of equity that refuses relief, on the ground of laches, to a person claiming equitable relief in aid of a legal right, whose right to bring the action is not barred by this Act; or

[TRADUCTION] 2. La présente loi n'a pas pour effet d'empêcher l'application :

- a) d'une règle d'équité refusant réparation, pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi;
- b) d'une règle d'équité refusant réparation, pour cause de manque de diligence, à la personne qui demande une réparation en equity à l'égard d'un droit en common law et dont le droit d'intenter une action n'est pas prescrit par la présente loi.

A similar provision is found in the earlier British Columbia *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, c. 123 (in force in B.C. between 1897 and 1975):

La loi de la Colombie-Britannique intitulée *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1897, ch. 123 (qui a été en vigueur dans cette province de 1897 à 1975) comportait une disposition analogue :

39. Nothing in this Act contained shall be deemed to interfere with any rule or jurisdiction of Courts of Equity in refusing relief, on the ground of acquiescence or otherwise, to any person whose right to bring a suit may not be barred by virtue of this Act.

[TRADUCTION] 39. La présente loi n'a pas pour effet de faire obstacle à l'application de toute règle ou à l'exercice par tout tribunal d'équité de sa compétence pour refuser réparation, notamment pour cause d'acquiescement, à la personne dont le droit d'intenter une action peut ne pas être prescrit par la présente loi.

109

The doctrine of laches and acquiescence was considered by this Court in *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6. In that case, the appellant sued her father for damages arising from episodes of incest that occurred a number of years before, in her youth. She alleged breach of fiduciary duty. After rejecting the respondent's argument that the action was statute barred, La Forest J. discussed the legal principles applicable to the doctrine of laches and acquiescence. He referred (at pp. 76-77) to a leading English authority as follows:

Notre Cour a examiné la règle de l'acquiescement et du manque de diligence dans l'arrêt *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6. Dans cette affaire, l'appelante poursuivait son père en dommages-intérêts pour des actes incestueux commis par celui-ci à son endroit de nombreuses années auparavant, quand elle était jeune. Elle invoquait le manquement à une obligation de fiduciaire. Après avoir rejeté l'argument de l'intimé selon lequel l'action était prescrite, le juge La Forest a examiné les principes juridiques applicables en matière d'acquiescement et de manque de diligence, citant, aux p. 76-77, le passage suivant de l'arrêt de principe anglais à ce sujet :

... the doctrine of laches in Courts of Equity is not an arbitrary or a technical doctrine. Where it would be practically unjust to give a remedy, either because the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver of it, or where by his conduct and neglect he has, though perhaps not waiving that remedy, yet put the other party in a situation in which it would not be reasonable to place him if the remedy were afterwards to be asserted, in either of these cases, lapse of time and delay are most material. But in every case, if an argument against relief, which otherwise

[TRADUCTION] ... dans les cours d'équité, la règle du manque de diligence n'est ni arbitraire, ni technique. Lorsqu'il serait pratiquement injuste d'accorder un redressement, soit parce que, par sa conduite, l'intéressé a fait quelque chose qu'on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation audit redressement, ou lorsque, n'ayant peut-être pas renoncé à ce redressement, il a par sa conduite et sa négligence mis la partie adverse dans une situation dans laquelle il ne serait pas raisonnable de la placer si le redressement devait par la suite être revendiqué, le laps de temps et le retard sont

would be just, is founded upon mere delay, that delay of course not amounting to a bar by any statute of limitations, the validity of that defence must be tried upon principles substantially equitable. Two circumstances, always important in such cases, are, the length of the delay and the nature of the acts done during the interval, which might affect either party and cause a balance of justice or injustice in taking the one course or the other, so far as relates to the remedy.

(*Lindsay Petroleum Co. v. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, at pp. 239-40)

La Forest J. concluded, at pp. 77-78:

What is immediately obvious from all of the authorities is that mere delay is insufficient to trigger laches under either of its two branches. Rather, the doctrine considers whether the delay of the plaintiff constitutes acquiescence or results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable. Ultimately, laches must be resolved as a matter of justice as between the parties, as is the case with any equitable doctrine.

See also *Harris v. Lindeborg*, [1931] S.C.R. 235; *Canada Trust Co. v. Lloyd*, [1968] S.C.R. 300; and *Blundon v. Storm*, [1972] S.C.R. 135.

The doctrine of laches is applicable to bar the claims of an Indian band in appropriate circumstances: *L'Hirondelle v. The King* (1916), 16 Ex. C.R. 193; *Ontario (Attorney General) v. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), at p. 447 (aff'd on other grounds (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), aff'd [1991] 2 S.C.R. 570); *Chippewas of Sarnia Band v. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). There are also dicta in two decisions of this Court considering, without rejecting, arguments that laches may bar claims to aboriginal title: *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 570; *Guerin, supra*, at p. 390.

très importants dans chacun de ces deux cas. Mais, dans tous les cas, si une opposition au redressement, juste par ailleurs, se fonde simplement sur le retard, pourvu, bien entendu, que ce retard n'entraîne pas la prescription en vertu d'une loi quelconque, la validité de ce moyen de défense doit être décidée surtout selon des principes d'*equity*. Deux circonstances, toujours importantes en pareils cas, sont la longueur du retard et la nature des actes accomplis dans l'intervalle, éléments qui peuvent avoir des conséquences pour l'une ou l'autre partie et faire pencher la balance du côté de la justice ou de l'injustice selon qu'on adopte une solution ou l'autre, ce qui a trait au redressement.

(*Lindsay Petroleum Co. c. Hurd* (1874), L.R. 5 P.C. 221, p. 239-240)

Le juge La Forest a tiré la conclusion suivante aux p. 77-78 :

Il ressort immédiatement de l'ensemble de la jurisprudence que le simple retard ne suffit pas à déclencher l'application de l'un ou l'autre des éléments de la règle du manque de diligence. Il s'agit plutôt de déterminer si le retard du demandeur constitue un acquiescement ou crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites. En fin de compte, le manque de diligence doit être réglé comme une question de justice entre les parties, comme c'est le cas de toute règle d'*equity*.

Voir également *Harris c. Lindeborg*, [1931] R.C.S. 235; *Canada Trust Co. c. Lloyd*, [1968] R.C.S. 300; *Blundon c. Storm*, [1972] R.C.S. 135.

Dans des circonstances appropriées, la règle du manque de diligence peut être invoquée à l'encontre de réclamations présentées par des bandes indiennes : *L'Hirondelle c. The King* (1916), 16 R.C. de l'É. 193; *Ontario (Attorney General) c. Bear Island Foundation* (1984), 49 O.R. (2d) 353 (H.C.), p. 447 (conf. pour d'autres motifs par (1989), 68 O.R. (2d) 394 (C.A.), conf. par [1991] 2 R.C.S. 570); *Chippewas of Sarnia Band c. Canada (Attorney General)* (2000), 51 O.R. (3d) 641 (C.A.). On trouve également des affirmations à ce sujet dans deux arrêts de notre Cour, où celle-ci a examiné, sans les rejeter, des arguments portant que la règle du manque de diligence peut faire obstacle à la revendication du titre aborigène : *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 570; *Guerin*, précité, p. 390.

111 It seems to me both branches of the doctrine of laches and acquiescence apply here, namely: (i) where “the party has, by his conduct, done that which might fairly be regarded as equivalent to a waiver”, and (ii) such conduct “results in circumstances that make the prosecution of the action unreasonable” (*M. (K.) v. M. (H.)*, *supra*, at pp. 76 and 78). Conduct equivalent to a waiver is found in the declaration, representations and failure to assert “rights” in circumstances that required assertion, as previously set out. Unreasonable prosecution arises because, relying on the *status quo*, each band improved the reserve to which it understood its sister band made no further claim. All of this was done with sufficient knowledge “of the underlying facts relevant to a possible legal claim” (*M. (K.) v. M. (H.)*, at p. 79).

112 I conclude therefore that the claims of the appellant bands were rightly rejected on their merits by the trial judge.

O. In Any Event, the Claims of the Appellant Bands are Statute Barred

113 Having rejected the appellants’ claims to each other’s lands on their merits, I need not, strictly speaking, address the limitations issue. However, as this ground was extensively canvassed in the courts below and in argument before this Court, it should be dealt with.

114 This case originated in the Federal Court. It is therefore subject to the limitation provisions contained in the *Federal Court Act* and, in particular, s. 39(1):

39. (1) Except as expressly provided by any other Act, the laws relating to prescription and the limitation of actions in force in any province between subject and subject apply to any proceedings in the Court in respect of any cause of action arising in that province.

Il me semble que les deux éléments de la règle de l’acquiescement et du manque de diligence sont respectés en l’espèce, à savoir : (i) « par sa conduite, l’intéressé a fait quelque chose qu’on pourrait justement considérer comme équivalant à une renonciation »; (ii) cette conduite « crée des circonstances qui rendent déraisonnables les poursuites » (*M. (K.) c. M. (H.)*, précité, p. 76 et 78). La déclaration, les observations qui ont été formulées et le défaut de faire valoir des « droits » dans des circonstances qui commandaient qu’on le fasse, comme il a été précisé plus tôt, ont constitué une conduite assimilable à une renonciation. Il y a, en l’espèce, poursuites déraisonnables du fait que chaque bande s’est appuyée sur le statu quo et a apporté des améliorations à sa réserve, considérant que sa bande sœur ne la revendiquait plus. Tout cela s’est produit alors que les bandes connaissaient suffisamment « les faits sous-jacents qui p[ouvaient] donner lieu à un recours en justice » (*M. (K.) c. M. (H.)*, p. 79).

En conséquence, je conclus que le juge de première instance a eu raison de déclarer non fondées les actions des bandes appelantes.

O. En tout état de cause, les actions des bandes appelantes sont prescrites

Puisque j’ai jugé non fondée l’action présentée par chaque bande à l’égard de la réserve de l’autre, il n’est pas vraiment nécessaire que je me penche sur la question de la prescription, mais comme cette question a été examinée en profondeur par les juridictions inférieures et par les parties au cours des plaidoiries devant notre Cour, il convient d’en traiter.

Comme les actions ont été intentées devant la Cour fédérale, elles sont donc régies par les règles de prescription prévues par la *Loi sur la Cour fédérale*, en particulier le par. 39(1) de cette Loi, qui est rédigé ainsi :

39. (1) Sauf disposition contraire d’une autre loi, les règles de droit en matière de prescription qui, dans une province, régissent les rapports entre particuliers s’appliquent à toute instance devant la Cour dont le fait générateur est survenu dans cette province.

Section 39(1) effectively incorporates by reference the applicable British Columbia limitation legislation, but the relevant provisions apply as federal law not as provincial law: *Blueberry River, supra*, at para. 107. I will deal first with some preliminary objections.

1. Constitutionality of the Prescription Period

The appellant bands raise the threshold objection that provincial law cannot “extinguish” the Indian interest, which is a matter of exclusive federal legislative competence: *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 673. Section 9 of the B.C. *Limitations Act* provides for extinguishment of the cause of action, but, as stated, it applies as federal law.

Parliament is entitled to adopt, in the exercise of its exclusive legislative power, the legislation of another jurisdictional body, as it may from time to time exist: *Coughlin v. Ontario Highway Transport Board*, [1968] S.C.R. 569; *Attorney General for Ontario v. Scott*, [1956] S.C.R. 137. This is precisely what Parliament did when it enacted what is now s. 39(1) of the *Federal Court Act*.

2. Conflict With Federal Real Property Act

The appellant Campbell River Band contends that ss. 13 and 14 of the *Federal Real Property Act*, S.C. 1991, c. 50, prohibit the transfer of reserve land by prescription or by virtue of provincial legislation. They provide:

13. Except as expressly authorized by or under an Act of Parliament, no person acquires any federal real property by virtue of a provincial Act.

14. No person acquires any federal real property by prescription.

Here, however, the prescription resides in s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is not provincial

Cette disposition a pour effet d’incorporer par renvoi les dispositions législatives de la Colombie-Britannique relatives à la prescription. Toutefois, les dispositions pertinentes s’appliquent en tant que règles de droit fédérales et non provinciales : *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 107. Je vais d’abord examiner quelques objections préliminaires.

1. La constitutionnalité du délai de prescription

Les bandes appelantes objectent d’abord qu’une règle de droit provinciale ne saurait « éteindre » un droit appartenant à des Indiens, étant donné que de tels droits relèvent de la compétence législative exclusive du fédéral : *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 673. L’article 9 de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique pourvoit à l’extinction des causes d’action, mais, comme il a été dit plus tôt, cette loi s’applique en tant que règle de droit fédérale.

Le Parlement peut, dans l’exercice de sa compétence législative exclusive, faire sienne la loi d’un autre législateur : *Coughlin c. Ontario Highway Transport Board*, [1968] R.C.S. 569; *Attorney General for Ontario c. Scott*, [1956] R.C.S. 137. C’est précisément ce qu’il a fait en édictant la disposition qui est maintenant le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*.

2. Le conflit avec la Loi sur les immeubles fédéraux

La bande de Campbell River soutient que les art. 13 et 14 de la *Loi sur les immeubles fédéraux*, L.C. 1991, ch. 50, interdisent que soit transférée, par prescription ou sous le régime d’une loi provinciale, des terres constituant une réserve. Voici le texte de ces dispositions :

13. Nul ne peut acquérir un immeuble fédéral, sous le régime d’une loi provinciale, sauf si une loi fédérale l’y autorise expressément.

14. Nul n’acquiert par prescription un immeuble fédéral.

En l’espèce, toutefois, la prescription est prévue au par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale* et non

115

116

117

118

legislation. Moreover, s. 2 defines “federal real property” as “real property belonging to Her Majesty”. The reserve land was and remains vested in the Crown. The underlying title is not in dispute.

3. Conflict with the Scheme of the *Indian Act*

119 In its factum, the appellant Campbell River Band further argues that application of the prescription period would be contrary to the scheme of the *Indian Act*. It contends that the *Indian Act* stipulates a valid surrender process as the *exclusive* method of divesting an Indian band of its reserve. Therefore, s. 39(1) of the *Federal Court Act*, which is introduced by the words “Except as expressly provided by any other Act”, cannot apply so as to divest an Indian band of its right to possession of its reserve by the passage of time.

120 This argument misconstrues s. 39(1). The words “Except as expressly provided by any other Act” refer, *in pari materia*, to another limitation or prescription period. The *Indian Act* does not establish any comprehensive scheme for the litigation and adjudication of disputes regarding reserves. The adjudication of such disputes is within the jurisdiction of the courts and in this case is governed by the Act constituting the Federal Court. There is thus no *relevant* statutory provision to the contrary.

4. Alleged Harshness of the Prescription Ban

121 The Cape Mudge Band argues that the limitation periods otherwise applicable in this case should not be allowed to operate as “instruments of injustice” (factum, at para. 104). However, the policies behind a statute of limitations (or “statute of repose”) are well known: *Novak v. Bond*, [1999] 1 S.C.R. 808, at paras. 8 and 64; *Peixeiro v. Haberman*, [1997] 3 S.C.R. 549, at para. 34. Witnesses are no longer available, historical documents are lost and difficult to contextualize, and expectations of fair practices change. Evolving standards of conduct and new standards of liability eventually make it

par une loi provinciale. En outre, l’expression « immeuble fédéral » est définie à l’art. 2 de la *Loi sur les immeubles fédéraux* comme étant un « [i]mmeuble qui appartient à Sa Majesté ». Or, les terres constituant les réserves en litige appartenaient à la Couronne et continuent de lui appartenir. Le titre de propriété fondamental n’est pas contesté.

3. Le conflit avec le régime prévu par la *Loi sur les Indiens*

Dans son mémoire, la bande indienne de Campbell River prétend en outre que l’application du délai de prescription irait à l’encontre du régime établi par la *Loi sur les Indiens*. Selon elle, le processus de cession prévu par cette loi est le *seul* mode d’aliénation d’une réserve et, par conséquent, le par. 39(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, qui commence par les mots « Sauf disposition contraire d’une autre loi », ne saurait s’appliquer et avoir pour effet de retirer à une bande indienne son droit à la possession de sa réserve par l’écoulement du temps.

Cet argument procède d’une mauvaise interprétation du par. 39(1). Les mots « Sauf disposition contraire d’une autre loi » renvoient, *in pari materia*, à un autre délai de prescription. La *Loi sur les Indiens* n’établit pas de régime général applicable à l’audition et à la décision des différends relatifs aux réserves. Ce sont les tribunaux judiciaires qui ont compétence pour trancher ces différends, et la présente espèce est régie par la loi constituant la Cour fédérale. Par conséquent, il n’existe pas de disposition contraire *pertinente*.

4. La prétendue sévérité de la prescription

La bande de Cape Mudge plaide qu’il ne faut pas laisser les délais de prescription applicables en l’espèce devenir un [TRADUCTION] « instrument d’injustice » (mémoire, par. 104). Toutefois, les principes à la base des lois sur la prescription (dites aussi lois destinées à assurer la tranquillité d’esprit (« *statutes of repose* »)) sont bien connus : *Novak c. Bond*, [1999] 1 R.C.S. 808, par. 8 et 64; *Peixeiro c. Haberman*, [1997] 3 R.C.S. 549, par. 34. Des témoins ne sont plus disponibles, des documents historiques ont disparu ou sont difficiles à mettre en contexte et l’idée de ce que constituent des

unfair to judge actions of the past by the standards of today. As the Law Reform Commission of British Columbia wrote in support of an “ultimate” 30-year limitation period in 1990:

If there are limitation periods, conduct which attracts legal consequences is more likely to be judged in light of the standards existing at the time of the conduct than if there are no restrictions on the plaintiff’s ability to litigate. This rationale for the limitation of actions is of increasing importance, given the rate at which attitudes and norms currently change. New areas of liability arise continually in response to evolving sensitivities.

(Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, Section 8 (1990), at pp. 17-18)

The need for repose is evident in this case. Each band had settled and legitimate expectations with respect to the reserve it now inhabits. Each band still recognizes the need for repose of its sister band (thus seeking compensation from the Crown rather than dispossession of its sister band). Each band claims repose for itself, thus pleading the limitation period in its own defence against the other band.

This is not to say that historical grievances should be ignored, or that injustice necessarily loses its sting with the passage of the years. Here, however, the bands had independent legal advice at least by the 1930s, and were aware at that time of the material facts, if not all the details, on which the present claims are based. While the feeling may not have been unanimous, each band membership elected not to disturb its neighbours. The conduct of each band between 1907 and 1936 suggests that not only was the other band’s open and notorious occupation of its reserve acknowledged, but such occupation was

pratiques loyales évoluée. En raison de l’évolution des normes de conduite et de l’application de nouvelles normes en matière de responsabilité, il devient inéquitable de juger des actions passées au regard de normes contemporaines. Comme a écrit, en 1990, la commission de réforme du droit de la Colombie-Britannique au soutien de l’adoption d’un délai « ultime » de prescription trentenaire :

[TRADUCTION] Lorsqu’il existe des délais de prescription, il y a davantage de chances qu’une conduite entraînant des conséquences juridiques soit jugée au regard des normes contemporaines de cette conduite que si le droit du demandeur d’ester en justice n’est assujéti à aucune restriction. Cette justification des restrictions assortissant les délais impartis pour prendre action revêt de plus en plus d’importance en raison de la vitesse avec laquelle les attitudes et les normes changent de nos jours. De nouvelles situations susceptibles d’être sources de responsabilité apparaissent sans cesse, en réponse à l’évolution des sensibilités.

(Report on the Ultimate Limitations Period: Limitation Act, Section 8 (1990), p. 17-18)

La nécessité d’assurer la tranquillité d’esprit est évidente en l’espèce. Chaque bande avait des attentes légitimes et bien arrêtées relativement à la réserve qu’elle habite aujourd’hui. Chacune reconnaît toujours le besoin de sa bande sœur d’assurer sa tranquillité d’esprit (raison pour laquelle elle réclame une indemnité de la Couronne plutôt que la dépossession de sa bande sœur), et recherche la tranquillité d’esprit pour elle-même en opposant à l’autre bande le moyen de défense fondé sur la prescription.

Cela ne veut pas dire pour autant qu’il faut fermer les yeux sur les griefs historiques ou que les rigueurs d’une injustice s’atténuent nécessairement avec le temps. En l’espèce, toutefois, les bandes ont été conseillées par des avocats indépendants depuis les années 1930 au moins, et elles connaissaient alors les faits substantiels — sinon tous les faits — sur lesquels sont fondées leurs revendications actuelles. Bien que ce sentiment puisse ne pas avoir été unanime, les membres de chaque bande ont choisi de ne pas déranger ceux de la bande voisine. La conduite des bandes de 1907 à 1936 tend à indiquer que l’occupation ouverte et notoire par chaque bande de sa

122

123

considered, as between the bands, to be fair and equitable.

124 The Campbell River Band at para. 30 and again at para. 133 of its factum links initiation of these proceedings to a new awareness precipitated by the release of the *Guerin* decision in 1984 of the possibility of financial compensation against the Crown. Awareness of the availability of a claim in equity for financial compensation against the Crown does not, however, turn what the band regarded as an equitable situation into an inequitable situation.

5. Applicable Limitation Period

125 The causes of action at issue in the present appeal arose prior to July 1, 1975, the date on which the new B.C. *Limitations Act* came into force. If the appellants' causes of action were already extinguished by July 1, 1975 (*Limitation Act* (1979), s. 14(1)), it is *prima facie* the 1897 version of the B.C. *Statute of Limitations* which was in force in British Columbia between 1897 and 1975, that applies. If not so extinguished, the provisions of the new version of this *Limitations Act* apply.

126 The B.C. *Statute of Limitations* prior to the 1975 amendments applied to bar actions in the Federal Court by virtue of s. 38(1) of the *Federal Court Act*, S.C. 1970-71-72, c. 1 (reproduced in R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10), which took effect on June 1, 1971, and prior to that s. 31 of the *Exchequer Court Act*, R.S.C. 1952, c. 98. See *Zakrzewski v. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (Ex. Ct.), and *Parmenter v. The Queen*, [1956-60] Ex. C.R. 66.

127 The Campbell River Band's claim to possession of Reserve No. 12 is based on what it conceives to be its "legislated entitlement" under Order-in-Council 1036 dated July 29, 1938. Its cause of action was complete no later than that date. Under s. 16 of the then applicable *Statute of Limitations*, the claim to possession was extinguished unless commenced within 20 years. In fact, the Campbell

réserve était non seulement reconnue, mais également considérée comme une situation juste et équitable.

D'abord au par. 30, puis au par. 133 de son mémoire, la bande de Campbell River explique qu'elle a décidé d'intenter des poursuites parce que, par suite de l'arrêt *Guerin*, rendu en 1984, elle a pris conscience de la possibilité d'obtenir une indemnité de la Couronne. Toutefois, le fait d'apprendre qu'il existe un recours en equity permettant de solliciter une indemnité de la Couronne n'a pas forcément pour effet de rendre inéquitable une situation que la bande considérait équitable.

5. Le délai de prescription applicable

En l'espèce, les causes d'action ont pris naissance avant le 1^{er} juillet 1975, date d'entrée en vigueur de la nouvelle version de la *Limitations Act* de la Colombie-Britannique. Si les causes d'action étaient déjà éteintes à cette date (*Limitation Act* (1979), par. 14(1)), c'est alors à première vue la version de 1897 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, en vigueur dans la province de 1897 à 1975, qui s'applique. Si, par contre, les causes d'action n'étaient pas éteintes, ce sont alors les dispositions de la nouvelle version de la *Limitations Act* qui sont applicables.

Avant les modifications apportées en 1975, c'était la loi intitulée *Statute of Limitations* qui s'appliquait en matière de prescription devant la Cour fédérale par l'effet du par. 38(1) de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.C. 1970-71-72, ch. 1 (reproduite dans S.R.C. 1970 (2^e suppl.), ch. 10), qui est entrée en vigueur le 1^{er} juin 1971, et, avant cela, de l'art. 31 de la *Loi sur la Cour de l'Échiquier*, S.R.C. 1952, ch. 98. Voir *Zakrzewski c. The King*, [1944] 4 D.L.R. 281 (C. de l'É.), et *Parmenter c. The Queen*, [1956-60] R.C. de l'É. 66.

La prétention de la bande de Campbell River à la possession de la réserve n° 12 repose sur ce que la bande considère comme son « droit d'origine législative » découlant du décret 1036 du 29 juillet 1938. Sa cause d'action a pris naissance au plus tard à cette date. En effet, en vertu de l'art. 16 de la loi intitulée *Statute of Limitations*, qui était alors applicable, l'action était prescrite si elle n'était pas

River's action for possession was not commenced until 1985, almost 27 years after its cause of action for possession was extinguished.

Cape Mudge's claim for possession arose when members of the Campbell River Band went into possession of Reserve No. 11 even prior to Ashdown Green's 1888 survey. The possession claim was thus extinguished around the time the band signed its 1907 *Resolution* 20 or so years later.

Even if the running of the limitation period with respect to possession was initially postponed because of the lack of pertinent information, the trial judge found the relevant facts to have been disclosed by the Crown to both bands in the discussions that led to the making of the 1936 and 1937 declarations. The limitation period for possession thus expired no later than the end of 1957.

I note parenthetically that if this case was truly about possession and "trespass", the dispute would be an inter-band dispute and the equitable compensation in lieu of possession should be sought from the other band, not the Crown. That, however, is not the position taken by either band.

With respect to the claims against the Crown based on breach of fiduciary duty, the 1897 Act imposed no limitation, and the case therefore falls to be decided under the transitional provisions of the 1975 Act. While the new Act is also silent with respect to an action for breach of fiduciary duty, or an action for declaration as to the title to property by a person that is not in possession of it, s. 3(4) of the B.C. *Limitations Act* provides a general six-year limitation period:

3. . . .

(4) Any other action not specifically provided for in this Act or any other Act shall not be brought after the

intentionnée dans un délai de 20 ans. En fait, la bande de Campbell River n'a intenté son action en revendication de la possession qu'en 1985, soit presque 27 ans après l'extinction de sa cause d'action.

Le droit de la bande de Cape Mudge de revendiquer la possession de la réserve n° 11 a pris naissance lorsque la bande de Campbell River est entrée en possession de cette réserve, avant même l'arpentage réalisé par Ashdown Green en 1888. Ce droit était donc prescrit vers la date à laquelle la bande a signé la *Résolution de 1907*, soit une vingtaine d'années plus tard.

Même si le manque de renseignements pertinents a pu reporter le point de départ du délai de prescription relatif à la possession, le juge de première instance a conclu que la Couronne avait divulgué les faits pertinents aux deux bandes à l'occasion des discussions ayant abouti aux déclarations de 1936 et 1937. Le délai de prescription relatif à la possession a donc cessé de courir au plus tard à la fin de 1957.

Je signale, en passant, que si nous étions vraiment en présence d'une affaire de possession et d'« intrusion », le différend opposerait les deux bandes et l'indemnité tenant lieu de mise en possession devrait être demandée à l'autre bande, non à la Couronne. Cette thèse n'est toutefois avancée par aucune des deux bandes.

Quant aux conclusions formulées contre la Couronne et lui reprochant d'avoir manqué à une obligation de fiduciaire, étant donné que la Loi de 1897 ne fixait aucun délai de prescription, il faut décider l'affaire sur le fondement des dispositions transitoires de la Loi de 1975. Bien que la nouvelle Loi n'établisse pas non plus de délai de prescription applicable aux actions fondées sur un manquement à une obligation de fiduciaire ou aux actions en reconnaissance d'un titre de propriété intentées par des non-possesseurs, le par. 3(4) de la *Limitations Act* de la C.-B. fixe un délai de prescription général de six ans :

[TRADUCTION]

3. . . .

(4) Toute autre action non expressément régie par la présente loi ou une autre loi se prescrit par six ans à

128

129

130

131

expiration of 6 years after the date on which the right to do so arose.

Section 14(3) of the 1975 *Limitations Act* therefore applied to bar actions for breach of fiduciary duty at the expiry of the grace period on July 1, 1977: *Bera v. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Mathias v. Canada* (2001), 207 F.T.R. 1, 2001 FCT 480, at paras. 724-30; *Kruger, supra*. The appellants' causes of action in these respects were therefore statute barred when they filed their respective statements of claim.

132 In any event, the claims asserted in these proceedings are all caught by the "ultimate limitation period" in s. 8 of the 1975 *Limitations Act* which says that "no action to which this Act applies shall be brought after the expiration of 30 years from the date on which the right to do so arose". The applicability of this limitation was affirmed in *Blueberry River*, at para. 107. The 30-year "ultimate" limit is subject to very limited exceptions, none of which apply here.

133 Finally, it is appropriate to note in support of the limitations policy an observation made by the trial judge, at para. 520:

... for much of the century, members of both bands had first hand knowledge of the important events which are the subject of these actions. Unfortunately, within the last 30 years, those band members as well as the Indian Agents, have died and many of their documents have been lost or destroyed.

6. The Assertion of Continuing Breach

134 The appellants contend that every day they are kept out of possession of the other band's reserve is a fresh breach, and a fresh cause of action. As a result, their respective claims are not yet statute barred (and could never be). For instance, the

compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter.

Le paragraphe 14(3) de la *Limitations Act* de 1975 avait donc pour effet de rendre irrecevables les actions pour manquement à une obligation de fiduciaire intentées après l'échéance de la période de grâce, le 1^{er} juillet 1977 : *Bera c. Marr* (1986), 1 B.C.L.R. (2d) 1 (C.A.); *Bande indienne de Squamish c. Canada*, [2000] A.C.F. n° 1568 (QL), 2001 CFPI 480, par. 724-730; *Kruger*, précité. Les actions des bandes appelantes fondées sur ces causes d'action étaient donc prescrites lorsque ces dernières ont déposé leur déclaration respective.

Quoi qu'il en soit, les demandes présentées en l'espèce sont toutes visées par le « délai ultime de prescription » prévu à l'art. 8 de la *Limitations Act* de 1975, qui précise que [TRADUCTION] « toute action à laquelle s'applique la présente loi se prescrit par 30 ans à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». L'applicabilité de ce délai de prescription a été confirmée dans l'arrêt *Bande indienne de la rivière Blueberry*, par. 107. Cette prescription trentenaire « ultime » est assortie de quelques exceptions très limitées, dont aucune ne s'applique à l'espèce.

Enfin, au soutien de l'application des règles de prescription, il convient de souligner l'observation suivante, formulée par le juge de première instance, au par. 522 de ses motifs :

... pendant une grande partie du siècle, certains membres des deux bandes connaissaient personnellement les événements importants en cause dans les présentes actions. Malheureusement, au cours des 30 dernières années, ces membres, de même que les agents des Indiens, sont décédés et plusieurs de leurs documents ont été perdus ou détruits.

6. L'argument fondé sur le manquement continu

Les appelantes affirment que, chaque jour où une bande est privée de la possession de la réserve de l'autre, un nouveau manquement est commis, lequel fait naître une nouvelle cause d'action. Il s'ensuivrait que leur action respective n'est pas encore

Campbell River Band claims in its factum, at par. 111, that

[t]he fact that Campbell River has been legally entitled to Quinsam since 1938, at the latest, gives it a presently enforceable right. Two additional consequences flow from this: (1) the Crown's fiduciary duty to safeguard Campbell River's right to its reserve against alienation has also subsisted since the legislation was passed; and (2) Cape Mudge has committed a continuous trespass since it first took possession of Quinsam. Both of these wrongs were committed anew each day and caused fresh damages each day.

The Cape Mudge Band's factum, at para. 98, makes analogous arguments.

Acceptance of such a position would, of course, defeat the legislative purpose of limitation periods. For a fiduciary, in particular, there would be no repose. In my view such a conclusion is not compatible with the intent of the legislation. Section 3(4), as stated, refers to "[a]ny other action not specifically provided for" and requires that the action be brought within six years "after the date on which the right to do so arose". It was open to both bands to commence action no later than 1943 when the Department of Indian Affairs finally amended the relevant Schedule of Reserves. There was no repetition of an allegedly injurious act after that date. The damage (if any) had been done. There is nothing in the circumstances of this case to relieve the appellants of the general obligation imposed on all litigants either to sue in a timely way or to forever hold their peace.

Similarly, the "ultimate limitation" in s. 8(1) runs "from the date on which the right to [initiate proceedings] arose". All of the necessary ingredients of the causes of action pleaded in these proceedings could have been asserted more than 30 years prior to the date on which the actions were eventually commenced. The trial judge found that no new or fresh cause of action had arisen at any time within the 30-year period. None of the legislated exceptions being

prescrite (et ne pourra jamais l'être). Par exemple, on peut lire ceci au par. 111 du mémoire de la bande de Campbell River :

[TRADUCTION] Le fait que la bande de Campbell River a légalement droit à la réserve Quinsam depuis 1938, au plus tard, lui confère un droit qu'elle peut aujourd'hui demander aux tribunaux de faire respecter. Deux autres conséquences découlent de ce fait : (1) l'obligation de fiduciaire qu'a la Couronne de protéger contre l'aliénation le droit de la bande de Campbell River sur sa réserve a également subsisté depuis l'adoption des dispositions législatives; (2) la bande de Cape Mudge commet une intrusion permanente depuis qu'elle a pris possession de la réserve Quinsam. Les deux fautes se répètent chaque jour, causant chaque fois un nouveau préjudice.

La bande de Cape Mudge avance des arguments analogues au par. 98 de son mémoire.

Il va de soi que l'objet poursuivi par le législateur en fixant des délais de prescription serait forcément contrecarré si cette thèse était retenue. Les fiduciaires, en particulier, ne connaîtraient jamais la tranquillité d'esprit. À mon avis, un tel résultat n'est pas compatible avec l'intention du législateur. Le paragraphe 3(4) cité plus tôt vise [TRADUCTION] « [t]oute autre action non expressément régie » et précise qu'elle se prescrit par six ans « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit de l'intenter ». Les deux bandes devaient tenter leur action au plus tard en 1943, date à laquelle le ministère des Affaires indiennes a finalement modifié le répertoire des réserves pertinent. Après cette date, aucun acte prétendument préjudiciable ne s'est répété. Le dommage (si dommage il y a eu) était fait. Il n'y a, dans les circonstances de la présente affaire, rien qui ait pour effet de relever les appelantes de l'obligation générale qui incombe à tous les plaideurs d'ester en justice au moment pertinent ou de se taire à jamais.

De même, le « délai ultime de prescription » édicté au par. 8(1) court [TRADUCTION] « à compter de la date à laquelle a pris naissance le droit [d'intenter l'action] ». Tous les éléments nécessaires des causes d'action invoquées en l'espèce auraient pu être plaidés plus de 30 ans avant la date à laquelle les actions ont finalement été intentées. Le juge de première instance a conclu qu'aucune nouvelle cause d'action n'avait pris naissance au cours de la période

135

136

applicable, the 30-year “ultimate limit” applies by reason of its incorporation by reference into federal law.

137 This conclusion accords with the result on this point reached in *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), *per* Isaac C.J., at para. 63; *Costigan v. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (Alta. C.A.), at pp. 373-74; *Lower Kootenay Indian Band v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Fairford First Nation v. Canada (Attorney General)*, [1999] 2 F.C. 48 (T.D.), at paras. 295-99.

Disposition

138 I would therefore dismiss the appeals with costs.

Appeals dismissed with costs.

Solicitors for the appellants Roy Anthony Roberts et al.: Davis & Company, Vancouver.

Solicitors for the respondents/appellants Ralph Dick et al.: McAlpine & Associates, Vancouver.

Solicitors for the respondent Her Majesty the Queen: Richards Buell Sutton, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: The Office of the Attorney General for Ontario, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of British Columbia: Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Solicitors for the interveners the Gitanmaax Indian Band, the Kispiox Indian Band and the Glen Vowell Indian Band: Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.

de 30 ans. Comme aucune des exceptions prévues par la loi n'est applicable, c'est le « délai ultime de prescription » de 30 ans qui s'applique en raison de son incorporation au droit fédéral.

Cette conclusion concorde avec les décisions rendues sur ce point dans les affaires *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), le juge en chef Isaac, par. 63; *Costigan c. Ruzicka* (1984), 13 D.L.R. (4th) 368 (C.A. Alb.), p. 373-374; *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241; *Première nation de Fairford c. Canada (Procureur général)*, [1999] 2 C.F. 48 (1^{re} inst.), par. 295-299.

Dispositif

En conséquence, je suis d'avis de rejeter les pourvois, avec dépens.

Pourvois rejetés avec dépens.

Procureurs des appelants Roy Anthony Roberts et autres : Davis & Company, Vancouver.

Procureurs des intimés/appellants Ralph Dick et autres : McAlpine & Associates, Vancouver.

Procureurs de l'intimée Sa Majesté la Reine : Richards Buell Sutton, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario : Le Bureau du procureur général de l'Ontario, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique : Borden Ladner Gervais, Vancouver.

Procureurs des intervenantes la Bande indienne Gitanmaax, la Bande indienne Kispiox et la Bande indienne de Glen Vowell : Hutchins, Soroka & Grant, Vancouver.