

Osoyoos Indian Band *Appellant*

v.

The Town of Oliver and Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia *Respondents*

and

The Attorney General of Canada and the Squamish Indian Band *Interveners*

INDEXED AS: OSOYOOS INDIAN BAND v. OLIVER (TOWN)

Neutral citation: 2001 SCC 85.

File No.: 27408.

2001: June 12; 2001: December 7.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Indians — Reserves — Lands taken for public purposes — Federal order in council granting province interest in lands occupied by irrigation canal crossing Indian reserve — Whether lands taken by province are still “in the reserve” such that they are assessable and taxable pursuant to Band by-laws — Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35 — Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, s. 83(1)(a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21.

In 1925 an irrigation canal was constructed on a strip of land that bisects the appellant Indian Band's reserve. In 1957 a federal Order in Council was enacted pursuant to s. 35 of the *Indian Act* in which the Governor in Council consented “to the taking of the said lands” by the province. In 1961 the canal lands were registered by way of certificate of indefeasible title in the name of the province. The respondent Town currently operates and maintains the canal. In 1994, the Band Council enacted property assessment and property taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act* applicable to land in the reserve. In 1995, the Band Council passed a resolution directing the provincial Assessment Authority to assess

Bande indienne d'Osoyoos *Appelante*

c.

La ville d'Oliver et Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique *Intimées*

et

Le procureur général du Canada et la Banque indienne de Squamish *Intervenants*

RÉPERTORIÉ : BANDE INDIENNE D'OSOYOOS c. OLIVER (VILLE)

Référence neutre : 2001 CSC 85.

N° du greffe : 27408.

2001 : 12 juin; 2001 : 7 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 DE LA COLOMBIE- BRITANNIQUE

Indiens — Réserves — Terres prises pour cause d'utilité publique — Décret fédéral concédant à la province un droit sur des terres occupées par un canal d'irrigation traversant une réserve indienne — Les terres prises par la province sont-elles encore « dans la réserve » et, de ce fait, évaluables et imposables en vertu de la réglementation pertinente de la Bande — Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35 — Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 83(1)a) — Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21.

En 1925, on a construit un canal d'irrigation sur une parcelle de terrain scindant en deux la réserve de la bande indienne appelante. En 1957, le gouverneur en conseil a pris, en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, un décret dans lequel il consentait « à la prise de ces terres » par la province. En 1961, les terres formant le canal ont été inscrites au nom de la province par voie de certificat de titre incontestable. Actuellement, la ville d'Oliver exploite et entretient le canal. En 1994, en application de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de la bande indienne a pris des règlements administratifs en matière d'évaluation et de taxation foncières applicables aux terres situées dans la réserve. En 1995, le conseil de

the canal lands and include them on the Band's 1996 assessment roll. The Town objected to the assessment of the canal lands by the Band. The Band Board of Review stated a case for the British Columbia Supreme Court asking: (1) whether lands taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act* are "land or interests in land" in a reserve within the meaning of s. 83(1)(a) such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band by-laws; and (2) if s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, whether the federal Order in Council removed the lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Band. The chambers judge answered "No" to the first question and "Yes" to the second one, concluding that the land at issue was outside the reserve and the Band's jurisdiction to tax under s. 83(1)(a). The Court of Appeal upheld that judgment.

Held (L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ.: As a general matter the Court should be cautious in taking away interests in land in the absence of a complete evidentiary record. This is especially true when the interest at stake is the aboriginal interest in reserve land. As this appeal comes by way of a stated case, however, the rights of the parties must be determined on the evidence at hand, even though the evidentiary record is demonstrably incomplete in this case.

Three implications follow from the *sui generis* nature of the aboriginal interest in reserve lands. First, it is clear that traditional principles of the common law relating to property may not be helpful in the context of aboriginal interests in land. Second, reserve land does not fit neatly within the traditional rationale that underlies the process of compulsory takings in exchange for compensation in the amount of the market value of the land plus expenses. Third, the aboriginal interest in land will generally have an important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community. Because of these implications and the fact that the Crown owes a fiduciary duty to the band, it follows that a clear and plain intention

bande a adopté une résolution ordonnant à la commission d'évaluation foncière de la province d'évaluer les terres formant le canal et de les inscrire au rôle d'évaluation de la bande pour 1996. La ville d'Oliver s'est opposée à l'évaluation des terres formant le canal par la bande. La commission de révision de l'évaluation foncière de la bande a soumis à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un exposé de cause comportant les deux questions suivantes : (1) Est-ce que les terres prises en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d'une bande au sens de l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu de la réglementation de la bande? (2) Si l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu'elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande? Le juge en chambre a répondu « non » à la première question et « oui » à la seconde, concluant que la parcelle en question n'était pas située dans la réserve et n'était pas visée par le pouvoir de taxation reconnu à la bande par l'al. 83(1)a). La Cour d'appel a confirmé ce jugement.

Arrêt (les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents) : Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef McLachlin et les juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel : En l'absence de preuve complète, notre Cour doit en règle générale faire montre de circonspection avant de retirer des droits fonciers. C'est particulièrement vrai dans les cas où le droit en jeu est le droit des Autochtones sur les terres des réserves. Comme le pourvoi est présenté par voie d'exposé de cause, les droits des parties doivent être déterminés à l'aide de la preuve au dossier, quoique cette preuve soit manifestement incomplète en l'espèce.

Trois conséquences découlent du caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres des réserves. Premièrement, il est clair que les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s'avérer utiles dans le contexte des droits fonciers des Autochtones. Deuxièmement, la notion de terres de réserve cadre mal avec la raison d'être traditionnelle du mécanisme de prise forcée de certaines terres en contrepartie d'une indemnité égale à la valeur marchande des terres en question majorée des frais. Troisièmement, le droit des Autochtones sur les terres des réserves comporte généralement un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité. Pour

must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve.

Section 83(1)(a) of the *Indian Act* provides Indian bands with the jurisdiction to impose tax on a very broad range of interests in land, and should be given a broad reading. Band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray their costs as the government of that land. It follows that, unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) and both easements and rights to use or occupy land held by non-band members are subject to the taxation jurisdiction.

The fiduciary duty of the Crown is not restricted to instances of surrender. Section 35 clearly permits the Governor in Council to allow the use of reserve land for public purposes. Once it has been determined that an expropriation of Indian lands is in the public interest, however, a fiduciary duty arises on the part of the Crown to expropriate or grant only the minimum interest required in order to fulfill that public purpose, thus ensuring a minimal impairment of the use and enjoyment of Indian lands by the band. This is consistent with the provisions of s. 35 which give the Governor in Council the absolute discretion to prescribe the terms to which the expropriation or transfer is to be subject. This two-step process minimizes any inconsistency between the Crown's public duty to expropriate lands and its fiduciary duty to Indians whose lands are affected by the expropriation. As the Crown's fiduciary duty is to protect the use and enjoyment of the Indian interest in expropriated lands to the greatest extent practicable, the duty includes the general obligation, wherever appropriate, to protect a sufficient Indian interest in expropriated land in order to preserve the taxation jurisdiction of the band over the land, thus ensuring a continued ability to earn income from the land. Although in this case the taxation jurisdiction given to bands came after the Order in Council of 1957, the principle is the same, namely that the Crown should not take more than is needed for the public purpose and subject to protecting the use and enjoyment of Indians where appropriate.

While in general s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of land from the reserve, it did not authorize

ces raisons et compte tenu du fait que la Couronne a une obligation de fiduciaire envers la bande, il doit y avoir une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve.

L'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* confère aux bandes indiennes le pouvoir d'imposer des taxes sur un large éventail de droits fonciers et il doit être interprété largement. Les conseils de bande ont le pouvoir d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire. En conséquence, à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a) et tant les servitudes que les droits d'usage ou d'occupation des terres dont sont titulaires des non-membres de la bande sont assujettis au pouvoir de taxation de cette dernière.

L'obligation de fiduciaire de la Couronne ne se limite pas aux cessions. L'article 35 permet clairement au gouverneur en conseil d'autoriser l'usage de terres de réserve à des fins d'intérêt public. Cependant, une fois qu'il est établi que l'expropriation de terres indiennes est dans l'intérêt du public, la Couronne a l'obligation de fiduciaire de n'exproprier que le droit minimal requis pour réaliser cette fin d'intérêt public et ainsi de faire en sorte que le droit de la bande d'utiliser des terres indiennes et d'en jouir ne subisse qu'une atteinte minimale. Cette obligation est compatible avec les dispositions de l'art. 35 qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu de prescrire les modalités de l'expropriation ou du transfert. Ce processus à deux étapes permet de réduire au minimum toute incompatibilité entre l'obligation de droit public de la Couronne d'exproprier des terres et l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers les Indiens dont les terres sont touchées par l'expropriation. Comme elle consiste à protéger autant que possible l'usage et la jouissance du droit des Indiens sur les terres expropriées, l'obligation de fiduciaire de la Couronne emporte également pour celle-ci l'obligation générale de protéger, dans tous les cas où il est indiqué de le faire, un droit autochtone suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande sur les terres en cause et, ainsi, de permettre à celle-ci de continuer à tirer un revenu de ces terres. Bien que, en l'espèce, le pouvoir de taxation ait été conféré aux bandes indiennes après la prise du décret de 1957, le principe est le même, à savoir que la Couronne ne doit pas prendre plus que ce qui est nécessaire pour réaliser la fin d'intérêt public et elle est tenue de protéger s'il y a lieu les droits d'usage et de jouissance des Indiens.

Quoique, en règle générale, l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permette que des terres soient exclues de

the removal of lands from the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) in the circumstances of this case. Because the source of the power to expropriate here was the *Water Act*, the discretion to grant “land” pursuant to s. 35(3) was limited to the land or interest in land “reasonably required” for the canal. Since the canal was already built when the transfer was made, the interest in question is that which is reasonably required to operate and maintain the canal only. Moreover, it is obvious that the fee simple is not necessary to operate and maintain the canal since those activities are currently the responsibility of the Town, which appears to have some kind of leasehold interest in the land. A canal is similar in nature to a railway in that both are permanent structures on the land involving operation and maintenance activities, and a grant of a statutory easement can be sufficient for the purposes of building and maintaining a railway.

The Order in Council does not evince a clear and plain intent to extinguish the Band’s interest in the reserve land. It is ambiguous as to the nature of the interest conveyed. In light of such ambiguity, resort must be had to the interpretive principles applicable to questions dealing with Indian interests, and the interpretation which impairs the Indian interests as little as possible is to be preferred. In light of these principles, the Order in Council should be read as granting a statutory easement to the province, and therefore the canal land is still “in the reserve” for the purposes of s. 83(1)(a).

Per L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. (dissenting): The provisions of s. 35 of the *Indian Act* can be interpreted so as to permit the removal of land from a reserve by the taking of full ownership. Such a taking, in effect, amounts to the non-consensual equivalent of absolute surrender (provided for in ss. 37 to 39 of the Act). Since the language of the third paragraph of the Order in Council closely mirrors that of s. 35(3), the subsection concerned in this case is s. 35(3), rather than s. 35(1). Once the government, having consented to a s. 35(1) expropriation, chooses to proceed under s. 35(3), it is free to transfer full ownership. It is for the government to decide, governed by its fiduciary obligations, the appropriate limits to the amount of land and the nature of the interest in land that it is transferring. In this case, the statute that would have governed in a parallel, non-aboriginal context is the *Water Act*. Section 21(2) of that Act authorized the taking of only that land that is “reasonably required”. While s. 21 does not authorize taking a fee (simple or determinable) when a right of way over the surface will do, it is equally plain that s. 21 does

la réserve, il ne permettait pas, dans les circonstances de l’espèce, que des terres soient exclues de la réserve et soustraites à l’application de l’al. 83(1)a). Comme, en l’espèce, la *Water Act* est la source du pouvoir d’expropriation, le pouvoir discrétionnaire d’octroyer des « terres » en vertu du par. 35(3) se limitait aux terres ou aux droits y afférents « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal. Étant donné que le canal était déjà construit lorsque le transfert a eu lieu, le droit en question est celui qui est raisonnablement requis uniquement pour l’exploitation et l’entretien du canal. De plus, il est évident que le fief simple n’est pas nécessaire pour l’exploitation et l’entretien du canal, puisque ces activités sont actuellement la responsabilité de la ville, qui semble détenir un certain intérêt à bail sur les terres. Un canal est, de par sa nature, assimilable à un chemin de fer en ce qu’il s’agit de deux structures permanentes aménagées sur le sol et qui impliquent des activités d’exploitation et d’entretien, et l’octroi d’une servitude légale peut suffire pour la construction et l’entretien d’un chemin de fer.

Le décret n’indique pas une intention claire et nette d’éteindre le droit de la bande sur les terres de réserve visées. Il est ambigu quant à la nature du droit cédé. Vu cette ambiguïté, il faut recourir aux principes d’interprétation applicables aux questions relatives aux droits des Indiens et retenir l’interprétation qui porte le moins possible atteinte à ces droits. En conséquence, le décret doit être considéré comme ayant pour effet d’accorder une servitude légale à la province et les terres formant le canal sont donc toujours situées « dans la réserve » pour l’application de l’al. 83(1)a).

Les juges L’Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache (dissidents) : Il est possible de considérer que les dispositions de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* ont pour effet de permettre que des terres soient exclues de la réserve par leur prise en pleine propriété. Une telle prise est en fait l’équivalent forcé de la cession à titre absolu (prévues aux art. 37 à 39 de cette loi). Comme le libellé du troisième paragraphe reflète étroitement celui du par. 35(3), c’est donc ce paragraphe qui est concerné en l’espèce et non le par. 35(1). Une fois que, après avoir consenti à une expropriation fondée sur le par. 35(1), le gouvernement choisit de procéder en vertu du par. 35(3), il lui est loisible de transférer la pleine propriété. Il lui appartient alors, conformément à ses obligations de fiduciaire, de décider de la superficie qu’il convient de transférer et de la nature du droit foncier qu’il transfère. Dans la présente affaire, la loi qui aurait été applicable, dans un contexte non autochtone analogue, est la *Water Act*. Le paragraphe 21(2) de cette loi n’autorise que la prise des terres qui sont « raisonnablement requises ». Bien que l’art. 21 ne permette pas la prise d’un fief (simple ou

authorize the taking of a fee simple when that is reasonably required.

The effect of expropriation of a fee under s. 35 is analogous to the effect of absolute surrender. In both cases the land so dealt with ceases to be within the reserve. The effect of an expropriation of a fee under s. 35(1) or (3) is not necessarily different because the fee is “determinable”. In the absence of a term or condition specifying a reversionary interest in favour of the band, the expropriation under s. 35 for a public purpose does not contain the implicit condition that it be returned where it ceases to serve a public purpose. It would be entirely alien to the general law of expropriation to interpret the taking of a fee as inherently determinable on account of the possibility of its initial purpose being exhausted.

Interpreting s. 35 as authorizing the removal of land from the reserve is consistent with the purpose of the provision, as reflected in the Parliamentary debates. Practical considerations also support the conclusion that an expropriation of a freehold interest extinguishes the interest in the reserve. A major project like an irrigation canal, railway track, highway or airline landing strip generally requires outside investment. Were an aboriginal interest in land that is expropriated for such a purpose to continue to burden the land even after a taking of a fee, it would be difficult or impossible to grant potential investors security interest in the land.

Federal legislation passed before 1982 that sought to extinguish entirely an aboriginal right like aboriginal title must evince a clear and plain intention to do so. This “clear and plain intention” rule, derived from an understanding of aboriginal title, cannot be applied to aboriginal interest in reserve land, which is a statutory creature the existence of which is not premised on a relationship with the land. Aboriginal interest in reserve land is created under the *Indian Act*, which specifies, in the expropriation and the surrender provisions, how land loses its reserve status.

Through the adoption of the Order in Council by the federal government, the province obtained full ownership over the lands on which the irrigation canal is situated. The first part of the Order in Council unequivocally authorizes the taking of a fee in the lands on which the canal was built. The phrase “right-of-way” in the

résoluble) lorsqu’un droit de passage en surface suffit, il est également clair qu’il autorise la prise d’un fief simple lorsqu’une telle mesure est raisonnablement requise.

L’effet de l’expropriation d’un fief effectuée en vertu de l’art. 35 est analogue à celui d’une cession à titre absolu. Dans les deux cas, les terres visées cessent de faire partie de la réserve. L’effet de l’expropriation d’un fief sous le régime du par. 35(1) ou (3) n’est pas nécessairement différent parce que ce fief serait « résoluble ». En l’absence de condition établissant un intérêt réversif en faveur de la bande, une expropriation effectuée en vertu de l’art. 35 pour cause d’utilité publique ne comporte pas de façon implicite la condition que l’intérêt soit remis à la bande lorsqu’il cesse d’être requis pour la fin en question. Il serait totalement contraire au droit général de l’expropriation de considérer que la prise d’un fief est intrinsèquement résoluble compte tenu de la possibilité que sa raison d’être cesse d’exister.

Considérer que l’art. 35 permet d’exclure des terres de la réserve est une interprétation compatible avec l’objet cette disposition, comme en témoignent les débats parlementaires sur la question. Des considérations d’ordre pratique étayent également la conclusion que l’expropriation d’un intérêt franc éteint le droit sur les terres de réserve visées. Un ouvrage d’envergure comme un canal d’irrigation, une voie de chemin de fer, une autoroute ou une piste d’atterrissage requiert habituellement des sources de financement privées. Si un droit autochtone continuait, même après la prise d’un fief, de grever les terres expropriées pour une telle fin, il serait difficile, voire impossible d’accorder à des investisseurs potentiels une garantie sur ces terres.

Dans le cas des lois fédérales édictées avant 1982 qui visaient à éteindre complètement un droit ancestral tel un titre aborigène, cette intention doit ressortir de façon claire et nette de la loi en question. La règle de « l’intention claire et nette », qui découle d’une certaine conception du titre aborigène, ne saurait être appliquée au droit des Autochtones sur les terres des réserves, droit qui est une création d’origine législative et dont l’existence n’est pas fondée sur un rapport avec le territoire. Le droit des Autochtones sur les terres de réserve est créé sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, qui précise, dans ses dispositions relatives à l’expropriation et à la cession, les circonstances dans lesquelles une terre perd sa qualité de terre de réserve.

Par suite de la prise du décret par le gouvernement fédéral, la province de la Colombie-Britannique a obtenu la pleine propriété des terres sur lesquelles est situé le canal d’irrigation. La première partie du décret autorise clairement la prise d’un fief visant les terres sur lesquelles le canal d’irrigation a été construit. Dans la

“Description” in the second part is used consistently as a descriptor of a physical area of land rather than as a reference to the nature of the interest involved. The last sentence of the Order in Council, which refers to the reservation of mines and minerals, is additional evidence that the Order in Council effected the transfer of the equivalent of a fee. This conclusion is supported by consideration of what would be reasonably and practically required for the construction and maintenance of an irrigation canal. The canal is lined with concrete and fully dominates the tract of land on which it is located to the exclusion of all other uses. A taking of full ownership for canal purposes is clearly reasonable.

Cases Cited

By Iacobucci J.

Referred to: *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350; *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; *Burrard Power Co. v. The King* (1910), 43 S.C.R. 27; *The Queen in right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101; *Belfast Corp. v. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490; *Saskatchewan Land and Homestead Co. v. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193, aff'd (1915), 51 S.C.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933; *British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; *Attorney General of Canada v. Western Highbie*, [1945] S.C.R. 385.

By Gonthier J. (dissenting)

St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City), [1997] 2 S.C.R. 657, aff'g [1996] 2 C.N.L.R. 222; *Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R.

« Description », le terme « droit de passage » est systématiquement utilisé pour décrire physiquement la parcelle de terrain, et non pour indiquer la nature du droit en cause. La dernière phrase du décret, qui fait état de la réserve des mines et minéraux, constitue une preuve supplémentaire que le décret a eu pour effet de transférer l'équivalent d'un fief. Cette conclusion est confirmée par la prise en compte de ce qui est raisonnablement et pratiquement requis pour la construction et l'entretien d'un canal d'irrigation. Le canal est fait de béton et domine entièrement la parcelle de terrain sur laquelle il est situé, à l'exclusion de tout autre usage. Il est clairement raisonnable de prendre des terres en pleine propriété pour les besoins d'un canal.

Jurisprudence

Citée par le juge Iacobucci

Arrêts mentionnés : *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL); *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350; *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; *Burrard Power Co. c. The King* (1910), 43 R.C.S. 27; *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 101; *Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490; *Saskatchewan Land and Homestead Co. c. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193, conf. (1915), 51 R.C.S. 1; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933; *British Columbia (Attorney General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156; *Attorney General of Canada c. Western Highbie*, [1945] R.C.S. 385.

Citée par le juge Gonthier (dissident)

Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville), [1997] 2 R.C.S. 657, conf. [1996] 2 C.N.L.R. 222; *Shelf Holdings Ltd. c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56

(4th) 193, leave to appeal denied, [1989] 1 S.C.R. xiv; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3; *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85; *Opetchesah Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554; *Musqueam Indian Band v. Glass*, [2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52; *Rugby Joint Water Board v. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350.

Statutes and Regulations Cited

Act to amend the Indian Act (designated lands), S.C. 1988, c. 23, s. 10.
Constitution Act, 1982, s. 35(1).
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1)(o), 18(1), 35, 37, 38, 39.
Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5, ss. 19, 81(1) [am. c. 32 (1st Supp.)], s. 15], 83 [am. c. 17 (4th Supp.)], s. 10].
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, c. 323.
 Order in Council P.C. 1957-577.
Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01, s. 80(1).
Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21(1), (2).

Authors Cited

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, "take".
 Canada. House of Commons. Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act Respecting Indians*. *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 3, April 18, 1951.
 Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, "take lands".
 La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
 Lordon, Paul. *Crown Law*. Toronto: Butterworths, 1991.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

D.L.R. (4th) 193, autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv; *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85; *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554; *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633, 2000 CSC 52; *Rugby Joint Water Board c. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.); *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350.

Lois et règlements cités

Décret C.P. 1957-577.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 35(1).
Loi modifiant la Loi sur les Indiens (terres désignées), L.C. 1988, ch. 23, art. 10.
Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5, art. 19, 81(1) [mod. ch. 32 (1^{er} suppl.), art. 15], 83 [mod. ch. 17 (4^e suppl.), art. 10].
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1)(o), 18(1), 35, 37, 38, 39.
Municipal Act, R.S.B.C. 1996, ch. 323.
Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01, art. 80(1).
Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21(1), (2).

Doctrine citée

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1990, « take ».
 Canada. Chambre des communes. Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*. *Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, 18 avril 1951.
 Dukelow, Daphne A., and Betsy Nuse. *The Dictionary of Canadian Law*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1995, « take lands ».
 La Forest, Gerard V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*. Toronto: University of Toronto Press, 1969.
 Lordon, Paul. *La Couronne en droit canadien*. Cowansville, Qué.: Yvon Blais, 1992.
 Todd, Eric C. E. *The Law of Expropriation and Compensation in Canada*, 2nd ed. Scarborough, Ont.: Carswell, 1992.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1999), 172 D.L.R. (4th) 589, 122 B.C.A.C. 220, 200 W.A.C. 220, 68 B.C.L.R. (3d) 218, [1999] 4 C.N.L.R. 91, [1999] B.C.J. No. 997 (QL), 1999 BCCA 297, affirming a decision of the British Columbia Supreme Court (1997), 145 D.L.R. (4th) 552, [1998] 2 C.N.L.R. 66, [1997] B.C.J. No. 828 (QL). Appeal allowed, L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. dissenting.

Louise Mandell, Q.C., Leslie Pinder and Clarine Ostrove, for the appellant.

Barry Williamson and Gregg Cockrill, for the respondent the Town of Oliver.

Timothy P. Leadem, Q.C., Paul Yearwood and Hunter Gordon, for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia.

Gerald Donegan, Q.C., Kathy Ring and Mary King, for the intervener the Attorney General of Canada.

John R. Rich and F. Matthew Kirchner, for the intervener the Squamish Indian Band.

The judgment of McLachlin C.J. and Iacobucci, Binnie, Arbour and LeBel JJ. was delivered by

IACOBUCCI J. —

I. Introduction

In this appeal, the Court is asked to decide whether the Osoyoos Indian Band (the “Band”) has the authority to assess and impose a tax on a strip of property that crosses Osoyoos Indian Reserve Number 1. The answer to this question depends on whether the land at issue is “in the reserve” within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. The principal legal issue in this case is what interpretation should be given to a 1957 Order in Council made by the Governor in Council pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149,

POURVOI contre un jugement de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1999), 172 D.L.R. (4th) 589, 122 B.C.A.C. 220, 200 W.A.C. 220, 68 B.C.L.R. (3d) 218, [1999] 4 C.N.L.R. 91, [1999] B.C.J. No. 997 (QL), 1999 BCCA 297, qui a confirmé une décision de la Cour suprême de la Colombie-Britannique (1997), 145 D.L.R. (4th) 552, [1998] 2 C.N.L.R. 66, [1997] B.C.J. No. 828 (QL). Pourvoi accueilli, les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache sont dissidents.

Louise Mandell, c.r., Leslie Pinder et Clarine Ostrove, pour l'appelante.

Barry Williamson et Gregg Cockrill, pour l'intimée la ville d'Oliver.

Timothy P. Leadem, c.r., Paul Yearwood et Hunter Gordon, pour l'intimée Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique.

Gerald Donegan, c.r., Kathy Ring et Mary King, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

John R. Rich et F. Matthew Kirchner, pour l'intervenante la Bande indienne de Squamish.

Version française du jugement du juge en chef McLachlin et des juges Iacobucci, Binnie, Arbour et LeBel rendu par

LE JUGE IACOBUCCI —

I. Introduction

Dans le présent pourvoi, notre Cour est appelée à décider si la bande indienne d'Osoyoos (la « Bande ») a le pouvoir d'évaluer et de taxer une parcelle de terrain qui traverse la réserve numéro 1 de la Bande. Pour répondre à cette question, il faut déterminer si la parcelle en cause est située « dans la réserve » au sens de l'al. 83(1)(a) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. En l'espèce, la principale question de droit est l'interprétation qu'il convient de donner au décret qu'a pris le gouverneur en conseil, en 1957, en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur*

granting an interest in the land at issue to the Province of British Columbia.

2 For the reasons that follow, I am of the view that the Band can tax the land in question and so I would allow the appeal.

II. Facts

3 Although my colleague, Gonthier J., has lucidly described the background in this appeal, I prefer to set out the relevant facts and background for purposes of discussion and analysis.

4 Osoyoos Indian Reserve Number 1 (the “reserve”), which is located near the Town of Oliver in the Okanagan Valley in southern British Columbia, is a reserve within the meaning of the *Indian Act*.

5 Sometime prior to March 25, 1925, a concrete-lined irrigation canal occupying a total area of 56.09 acres was constructed on a strip of land that bisects the reserve. The canal was constructed to aid in the agricultural development of the South Okanagan region of British Columbia. However, it was not until 1957 that an attempt was made to formalize the interests in the canal lands.

6 On April 25, 1957, the Governor in Council enacted Order in Council 1957-577 pursuant to the authority of s. 35 of the *Indian Act* in respect to the strip of land then occupied by the irrigation canal. The Order in Council provided as follows:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, et qui conférerait à la province de la Colombie-Britannique un droit sur la parcelle en litige.

Pour les motifs qui suivent, je suis d’avis que la Bande peut taxer la parcelle en question et, en conséquence, j’accueillerais le pourvoi.

II. Les faits

Bien que mon collègue le juge Gonthier ait décrit de façon claire le contexte du présent pourvoi, je préfère exposer les faits et le contexte pertinents pour les fins de l’examen et de l’analyse.

La réserve numéro 1 de la Bande (la « Réserve »), qui est située près de la ville d’Oliver dans la vallée de l’Okanagan dans le sud de la Colombie-Britannique, est une réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*.

À un certain moment avant le 25 mars 1925, on a construit un canal d’irrigation en béton d’une superficie totale de 56,09 acres sur une parcelle de terrain scindant la Réserve en deux. La construction du canal visait à contribuer au développement agricole de la région d’Okanagan sud en Colombie-Britannique. Toutefois, ce n’est qu’en 1957 qu’on a tenté d’officialiser les droits sur les terres formant le canal.

Le 25 avril 1957, en vertu du pouvoir prévu à l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le gouverneur en conseil a pris le décret 1957-577 relativement à la parcelle de terrain occupée alors par le canal d’irrigation. Le décret était ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l’Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d’un canal d’irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l’évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d’Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

DESCRIPTION

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

The provincial Minister of Agriculture's powers of expropriation for irrigation were contained in s. 21 of the *Water Act*, R.S.B.C. 1948, c. 361. This power to expropriate was not formally invoked. Instead, the Governor in Council acted on the Minister's application by making a grant under s. 35(3) of the *Indian Act* without formal expropriation. The Order in Council was the only instrument authorizing the transfer of the land in question.

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

DESCRIPTION

L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'exception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d'une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d'environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d'arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

Le pouvoir du ministre provincial de l'Agriculture d'exproprier des terres aux fins d'exécution de travaux d'irrigation était prévu à l'art. 21 de la *Water Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 361. Ce pouvoir n'a pas été invoqué officiellement. Le gouverneur en conseil a plutôt donné suite à la demande du ministre en permettant un octroi en vertu du par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens* sans expropriation officielle. Le décret était le seul texte autorisant le transfert de la parcelle en question.

8 On September 12, 1961, the canal lands were registered by way of Certificate of Indefeasible Title in the name of Her Majesty the Queen in Right of the Province of British Columbia, in the Kamloops Registry of the British Columbia Land Title Office.

9 The Town of Oliver currently operates and maintains the canal. It is unclear under what authority the Town of Oliver occupies the canal lands. The Court of Appeal below was advised, and assumed, that the Town of Oliver was a party to a lease entered into with the Province. However, the parties now agree that there is no lease document as such.

10 In 1994, the Osoyoos Indian Band Council (“Band Council”) enacted property assessment and property taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act* (the “Assessment By-laws”) applicable to land in the reserve.

11 The Assessment By-laws provide for the appointment of an assessor for carrying out the purposes of the By-law. Pursuant to that power, the Band Council appointed the B.C. Assessment Authority as an assessor.

12 On August 28, 1995, the Band Council passed a resolution (1995-65) which directed the B.C. Assessment Authority to assess the canal lands and include them on the 1996 assessment roll of the Band. The Assessment Authority placed the canal lands on the folios of the Band. The canal lands have been assessed as follows:

Le 12 septembre 1961, les terres formant le canal ont été inscrites au bureau d’enregistrement des droits immobiliers à Kamloops par voie de certificat de titre incontestable au nom de Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique.

Actuellement, la ville d’Oliver exploite et entretient le canal. La source du pouvoir en vertu duquel la ville d’Oliver occupe les terres formant le canal est incertaine. À la lumière de ce qu’on lui a dit, la Cour d’appel a tenu pour acquis que la ville d’Oliver était partie à un bail conclu avec la province. Toutefois, les parties conviennent maintenant qu’il n’existe aucun document constatant un bail.

En 1994, en application de l’art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, le conseil de la Bande indienne d’Osoyoos (le « conseil de bande ») a pris des règlements administratifs en matière d’évaluation et de taxation foncières (la « réglementation ») applicables aux terres situées dans la Réserve.

La réglementation pourvoit à la nomination d’un évaluateur chargé de leur application. En vertu de ce pouvoir, le conseil de bande a nommé la B.C. Assessment Authority (ci-après la « Commission d’évaluation foncière ») comme évaluatrice.

Le 28 août 1995, le conseil de bande a adopté une résolution (1995-65) ordonnant à la Commission d’évaluation foncière d’évaluer les terres formant le canal et de les inscrire au rôle d’évaluation de la Bande pour 1996. La Commission d’évaluation foncière a inscrit ces terres dans les registres de la Bande. Elle les a évaluées ainsi :

	Land	Improvements	Total Assessed Value		Terrain	Améliorations	Valeur imposable
Lot A	\$ 37,100	\$ 95,300	\$132,400	Lot A	37 100 \$	95 300 \$	132 400 \$
Lot B	\$ 36,200	\$ 99,200	\$135,400	Lot B	36 200 \$	99 200 \$	135 400 \$
Lot C	\$ 63,800	\$110,000	\$173,800	Lot C	63 800 \$	110 000 \$	173 800 \$
Lot D	\$ 26,400	\$ 56,900	\$ 83,300	Lot D	26 400 \$	56 900 \$	83 300 \$
	<hr/>	<hr/>	<hr/>		<hr/>	<hr/>	<hr/>
	\$163,500	\$361,400	\$524,900		163 500 \$	361 400 \$	524 900 \$

The Town of Oliver objected to the assessment of the canal lands by the Band. The Town of Oliver and the Province were invited to make representations before the Osoyoos Indian Band Board of Review. The Board of Review resolved to suspend proceedings and state a case for the Supreme Court of British Columbia consisting of the following two questions:

1. Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, “land or interests in land” in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws?
2. If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band?

The chambers judge answered “No” to Question 1 and “Yes” to Question 2. In the result, he held that the land at issue was outside the reserve and the Band’s jurisdiction to tax under s. 83(1)(a).

On appeal, a majority of the British Columbia Court of Appeal affirmed the judgment of the chambers judge. Lambert J.A., in dissent, would have allowed the appeal.

III. Relevant Statutory Provisions

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149

2. (1) In this Act,

. . .

(o) “reserve” means a tract of land, the legal title to which is vested in Her Majesty, that has been set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band;

18. (1) Subject to the provisions of this Act, reserves shall be held by Her Majesty for the use and benefit of

La ville d’Oliver s’est opposée à l’évaluation des terres formant le canal par la Bande. La ville d’Oliver et la province ont été invitées à présenter des observations à la Commission de révision de l’évaluation foncière de la Bande. La Commission de révision a décidé de suspendre l’instance et de soumettre à la Cour suprême de la Colombie-Britannique un exposé de cause comportant les deux questions suivantes :

[TRADUCTION]

1. Est-ce que les terres prises en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d’une bande au sens de l’al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d’évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation?
2. Si l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu’elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande indienne d’Osoyoos?

Le juge en chambre a répondu « non » à la question 1 et « oui » à la question 2. Il a donc conclu que la parcelle en question n’était pas située dans la Réserve et n’était pas visée par le pouvoir de taxation reconnu à la Bande par l’al. 83(1)a).

En appel, les juges majoritaires de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique ont confirmé la décision du juge en chambre. Le juge Lambert, dissident, aurait accueilli l’appel.

III. Les dispositions législatives pertinentes

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149

2. (1) Dans la présente loi, l’expression

. . .

o) « réserve » signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu’Elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande;

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l’usage et au profit des

13

14

15

16

the respective bands for which they were set apart; and subject to this Act and to the terms of any treaty or surrender, the Governor in Council may determine whether any purpose for which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) shall be governed by the statute by which the powers are conferred.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, authority or corporation of the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province, authority or corporation taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council.

(4) Any amount that is agreed upon or awarded in respect of the compulsory taking or using of land under this section or that is paid for a transfer or grant of land pursuant to this section shall be paid to the Receiver General of Canada for the use and benefit of the band or for the use and benefit of any Indian who is entitled to compensation or payment as a result of the exercise of the powers referred to in subsection (1).

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les matières concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province, autorité ou corporation, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la corporation prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil.

(4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général du Canada à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

(2) An expenditure made out of moneys raised pursuant to subsection (1) must be so made under the authority of a by-law of the council of the band.

(3) A by-law made under paragraph (1)(a) must provide an appeal procedure in respect of assessments made for the purposes of taxation under that paragraph.

Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361

21. (1) In this and the following three sections “land” includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence, and the holder of any licence that authorizes the diversion of water for domestic purpose or waterworks purpose shall have the right to expropriate, in addition, any land the control of which by the licensee would help to prevent pollution of the water authorized to be diverted, and, with the consent of the Lieutenant-Governor in Council, the holder of any licence that authorizes the construction of a dam shall have the right to expropriate, in addition, any land that would be flooded if the dam were constructed and utilized to the maximum height authorized. The owner of land so expropriated shall be compensated therefor by the licensee, and the procedure to be followed in expropriating land and the method of determining the compensation shall be as prescribed in the regulations.

IV. Judgments Below

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

With respect to the first of the stated questions, Mackenzie J. reviewed the applicable jurisprudence of the British Columbia courts together with the language of the relevant statutory provisions. He found that the plain meaning of the words of s. 35(3) of the *Indian Act* led irresistibly to the conclusion that the provision is capable of authorizing the conveyance of a fee simple interest in lands from a reserve. Furthermore, the transfer of a fee simple absolute removes land from a reserve and therefore land taken pursuant to s. 35 is no longer reserve land and it is not assessable or taxable under s.

(2) Toute dépense à faire sur les fonds prélevés en application du paragraphe (1) doit l'être sous l'autorité d'un règlement administratif pris par le conseil de la bande.

(3) Les règlements administratifs pris en application de l'alinéa (1)a doivent prévoir la procédure de contestation de l'évaluation en matière de taxation.

Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361

[TRANSLATION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s'entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d'exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l'entretien, l'amélioration ou l'exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis, et le détenteur d'un permis autorisant la dérivation des eaux à des fins domestiques ou pour un réseau d'aqueduc a en outre le droit d'exproprier toute terre dont la maîtrise l'aiderait à empêcher la pollution des eaux qu'il est autorisé à dériver, et, avec le consentement du lieutenant gouverneur en conseil, le détenteur d'un permis autorisant la construction d'un barrage a également le droit d'exproprier toute terre qui serait inondée si le barrage était construit et utilisé à la hauteur maximale autorisée. Le propriétaire de la terre expropriée doit être indemnisé pour celle-ci par le détenteur du permis, auquel cas la procédure d'expropriation et la méthode de détermination de l'indemnité sont celles prescrites par règlement.

IV. Les décisions des juridictions inférieures

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

Relativement à la première question énoncée, le juge Mackenzie a examiné les décisions applicables des tribunaux de la Colombie-Britannique en corrélation avec le texte des dispositions législatives pertinentes. Il a conclu que le sens ordinaire des termes utilisés au par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens* menait inéluctablement à la conclusion que cette disposition permet la cession d'un intérêt en fief simple sur des terres de réserve. De plus, la cession d'un fief simple absolu exclut les terres visées de la réserve et, de ce fait, les terres prises en vertu de l'art. 35 ne sont plus des terres de réserve et ne sont pas évaluable ou imposables en vertu de l'al. 83(1)a). Le

83(1)(a). Accordingly, he answered Question 1 “No”.

18 With respect to the second of the stated questions, Mackenzie J. found that there are no words of limitation in the operative words of the Order in Council. In his view, the words “for irrigation canal purposes” did not create an easement or determinable fee with a reversion interest, nor were there any words that could be characterized as a condition. He concluded at para. 6:

There are no restrictions on the extent of the transfer of administration and control which would limit it to the equivalent of an easement. In my view, the transfer here must be a transfer of administration and control unlimited in time, the equivalent of an absolute fee, or a transfer determinable on the lands ceasing to be used for irrigation purposes. The lands are still being used for irrigation purposes and no event which could terminate the transfer of administration and control has occurred.

19 Mackenzie J. rejected the argument that a determinable fee in reserve lands can be taxed. He concluded that a determinable fee in reserve lands removed the lands from the reserve for taxation purposes while the fee continued.

20 Finally, Mackenzie J. concluded that, assuming without deciding that the minerals remain in the reserve, the power to tax reserve lands does not reach the reservation for mines and minerals.

21 For the foregoing reasons, Mackenzie J. answered the second question “Yes”.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Newbury and Prouse JJ.A.

22 In writing for the majority, Newbury J.A. began her analysis by stating her view that it was inappropriate and unnecessary to enter into an analysis of aboriginal title in connection with the stated questions. For Newbury J.A., the real question on appeal was whether the “taking” effected by the Order in

juge MacKenzie a en conséquence répondu par la négative à la première question.

Relativement à la deuxième question énoncée, le juge Mackenzie a conclu que les mots clés du décret ne comportaient pas de termes restrictifs. À son avis, les mots « pour les besoins d’un canal d’irrigation » n’ont pas créé une servitude ni un fief résoluble assorti d’un intérêt réversif, et il n’y avait pas non plus de mots susceptibles d’être qualifiés de condition. Il a conclu ainsi, au par. 6 :

[TRADUCTION] Le transfert de la gestion et de la maîtrise n’est assorti d’aucune restriction qui en ferait l’équivalent d’une servitude. À mon avis, il s’agit en l’espèce du transfert de la gestion et de la maîtrise pour une période indéterminée, soit l’équivalent d’un fief absolu ou d’un transfert résoluble lorsque les terres visées cesseraient d’être utilisées aux fins d’irrigation. Les terres sont toujours utilisées à ces fins et aucun événement susceptible de mettre fin au transfert de la gestion et de la maîtrise n’est survenu.

Le juge Mackenzie a rejeté l’argument voulant qu’un fief résoluble visant des terres de réserve soit imposable. Il a conclu qu’un tel fief résoluble faisait perdre aux terres en question leur qualité de terres de réserve aux fins de taxation pendant la durée du fief.

Enfin, tenant pour acquis — sans trancher la question — que les minéraux demeurent dans la réserve, le juge Mackenzie a conclu que le pouvoir de taxer les terres de réserve ne s’étend pas aux mines et minéraux réservés.

Pour les motifs qui précèdent, le juge Mackenzie a répondu par l’affirmative à la deuxième question.

B. *Cour d’appel de la Colombie-Britannique* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Les juges Newbury et Prowse

Rédigeant les motifs de la majorité, Madame le juge Newbury a commencé son analyse en exprimant l’opinion qu’il n’était ni opportun ni utile d’étudier le titre aborigène relativement aux questions énoncées. À son avis, la véritable question litigieuse dans le cadre de l’appel était de savoir si la

Council was such that the land no longer qualified as land “in the reserve”.

Newbury J.A. then turned to the principles applicable to the interpretation of the statutes and documents at issue in this case. She held, at para. 90, that “[n]ative intentions, like the intentions of any owner whose land is expropriated, will usually be irrelevant in these circumstances, where the larger public good prevails over the interests and wishes of the owner”. She noted, however, that special considerations apply in this case because Indian reserve lands are involved. In particular, she found that common law real property concepts do not apply to native lands, and that the fiduciary duty of the Crown requires that Indian rights and benefits be interpreted so as to impair such rights to the least extent possible. This principle of “minimal impairment” translates into a rule of construction whereby ambiguities in an instrument or enactment must be resolved in favour of the Indians as it is assumed the Crown would not breach its fiduciary duty. Newbury J.A. noted that this approach is consistent with and supplements the rule of construction in expropriation law that ambiguities are decided in favour of the owner whose land has been taken.

Nevertheless, Newbury J.A. went on to conclude, at para. 93, that the reason for this approach is the need to ensure that “native intentions” are not frustrated by the application of “formalistic and arguably alien rules”. Here, in the case of an expropriation under s. 35, where the primary parties are the federal and provincial governments by whom common law concepts of real property are well understood, “formalistic” words of limitation will be the focus of the inquiry.

Newbury J.A. then turned to interpret the terms of the Order in Council. She noted, at para. 97, that the Order refers to the taking of “lands”, and the

« prise » effectuée au moyen du décret avait eu pour effet d’enlever aux terres visées leur qualité d’immeubles « situés dans la réserve ».

Madame le juge Newbury a ensuite examiné les principes applicables à l’interprétation des lois et documents en cause dans la présente affaire. Elle a estimé que, à l’instar de l’intention de tout propriétaire dont les terres sont expropriées, [TRADUCTION] « l’intention des Autochtones n’est généralement pas pertinente dans de telles circonstances, où l’intérêt public général prévaut sur les droits et les désirs du propriétaire » (par. 90). Elle a toutefois souligné que des considérations spéciales s’appliquaient en l’espèce du fait que des terres de réserve étaient en litige. De façon particulière, elle a conclu que les concepts du droit des biens en common law ne s’appliquaient pas aux terres autochtones et que l’obligation de fiduciaire de la Couronne exigeait que les droits et avantages des Indiens soient interprétés de la façon y portant le moins atteinte possible. Ce principe d’« atteinte minimale » se traduit par une règle d’interprétation voulant que les ambiguïtés d’un acte instrumentaire ou d’un texte de loi profitent aux Indiens, puisque la Couronne est présumée ne pas vouloir contrevenir à son obligation de fiduciaire. Le juge Newbury a souligné que cette approche respecte et complète la règle d’interprétation applicable en droit de l’expropriation et selon laquelle il faut résoudre les ambiguïtés en faveur du propriétaire dont la terre est prise.

Néanmoins, le juge Newbury a ensuite conclu, au par. 93, que la raison d’être de cette approche était la nécessité de veiller à ce que [TRADUCTION] « l’intention des Autochtones » ne soit pas frustrée par l’application de « règles formalistes qui, pourrait-on soutenir, leurs sont étrangères ». En l’espèce, dans le cas d’une expropriation effectuée en vertu de l’art. 35, où les parties principales sont le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, qui sont tous deux familiers avec les concepts du droit des biens en common law, l’examen s’attachera aux termes restrictifs « formalistes ».

Madame le juge Newbury a ensuite interprété les termes utilisés dans le décret. Elle a souligné, au par. 97, que celui-ci parlait de la prise de « terres »,

23

24

25

payment for “the land”, and the transfer of “administration and control”. In her view, looking at the matter in non-technical terms, if the taking of an easement were intended, the Order in Council would refer to a right of way or a right to “use” of the land, but not to the “land” itself.

26

She then asked whether the use of the phrase “rights-of-way” under the heading “Description” altered the tenor of the document or created an ambiguity. Newbury J.A. found that the modern usage of the phrase does not always correspond with the common law concept. She was of the view that it is consistent with the authorities establishing the nature of rights of way outside the aboriginal context to read the use of the plural “rights-of-way” as the absence of any restrictions on the Province’s ability to use the lands, and to read the reservation of mines and minerals as denoting an intention to grant absolute ownership of surface rights.

27

Newbury J.A. went on to explain, at para. 105, that the Order in Council did not grant only a right of way to the Province; it granted exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada “for the use and benefit of [the] Band”. The Order referred to “the taking of the said lands”, not simply the right to use or pass over the said lands; there was no indication the Province was acquiring anything other than exclusive rights (whether in fee simple or until the lands cease to be used for irrigation purposes); and the Order transferred “administration and control” of the lands to the Province — wording that is inconsistent with the lands continuing to be held “for the benefit of” the Band.

28

Newbury J.A. agreed with the chambers judge that the Order in Council did not contemplate the expropriation of a mere right of way, but of “the lands” themselves, which were thereby removed from the reserve. She held that, based on a non-technical view of the wording used, there was no ambiguity

du paiement « des terres » et du transfert de « la gestion et [de] la maîtrise ». Examinant la question d’un point de vue non formaliste, elle a dit être d’avis que si l’intention avait été de créer une servitude, le décret ferait mention non pas des « terres » elles-mêmes mais d’un droit de passage ou d’un droit d’« usage » des terres.

Madame le juge Newbury s’est alors demandée si l’utilisation de l’expression « droits de passage » sous l’intertitre « Description » modifiait la teneur du document ou créait une ambiguïté. Elle a conclu que l’usage moderne de cette expression ne correspondait pas toujours à ce concept en common law. À son avis, il est conforme à la jurisprudence ayant dégagé, en dehors du contexte autochtone, la nature des droits de passage, de considérer que l’usage du terme « droits de passage » au pluriel témoigne de l’absence de toute restriction assortissant le pouvoir de la province d’utiliser les terres, et que la réserve relative aux mines et aux minéraux dénote l’intention d’accorder la propriété absolue des droits de surface.

Madame le juge Newbury a poursuivi en expliquant, au par. 105, que le décret n’a pas uniquement octroyé un droit de passage à la province, mais il lui conféré des droits exclusifs de jouissance et de possession qui sont incompatibles avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues par Sa Majesté du chef du Canada « à l’usage et au profit d[e la] bande ». Le décret fait état de « la prise de ces terres », non pas simplement du droit de les utiliser ou passer sur celles-ci; rien n’indiquait que la province acquérait autre chose que des droits exclusifs (que ce soit en fief simple ou jusqu’à ce que les terres cessent d’être utilisées aux fins d’irrigation); et le décret cède « la gestion et la maîtrise » des terres à la province — formulation incompatible avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues « au profit de » la Bande.

Madame le juge Newbury a souscrit à l’opinion du juge en chambre que le décret n’envisage pas l’expropriation d’un simple droit de passage, mais bien celle des « terres » elles-mêmes, qui ont ainsi été exclues de la Réserve. Elle a conclu, d’une part, qu’une interprétation non formaliste des termes

in the Order in Council, and that the same conclusion is supported by the ordinary common law rules applicable to rights of way and easements. Accordingly, Newbury J.A. dismissed the appeal, Prowse J.A. concurring.

2. Lambert J.A. (Dissenting)

For Lambert J.A., aboriginal title was very much in issue in the case before him. He held that as a matter of law the Indian interest in reserve land is the same interest constituted by aboriginal title, and he took judicial notice of the fact that the Band have aboriginal title to the land in their reserve. Therefore, Lambert J.A. began his analysis of the first question by asking whether a compulsory taking extinguishes aboriginal title.

Put shortly, his answer was that s. 35 of the *Indian Act* is not sufficiently clear and plain to extinguish aboriginal title, with the result that aboriginal title remains a burden on any land or interest in land taken under s. 35, including an interest like or equivalent to a fee simple. Therefore, in his view, land that has not been absolutely surrendered but is taken under s. 35 from within the geographical boundaries of a reserve remains land “in the reserve” for the purposes of taxation under s. 83(1)(a) of the Act. Accordingly, Lambert J.A. would answer the first question “Yes”.

With regard to the second question, Lambert J.A. set out the following principles that govern the interpretation of an Order in Council that affects the interests of Indians who are under the protection of the Crown. First, ambiguities in an enactment affecting Indian lands should be given the interpretation most favourable to the Indian interests if such an interpretation is one which the enactment will reasonably bear: see *Nowegijick v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 29, and *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. Second, an enactment should be given an interpretation and application that results in a minimal impairment of the Indian interests if that

utilisés ne révélait aucune ambiguïté dans le décret et, d'autre part, que les règles ordinaires de la common law applicables aux servitudes et aux droits de passage étayaient cette conclusion. Par conséquent, le juge Newbury a rejeté l'appel, avec l'appui de Madame le juge Prowse.

2. Le juge Lambert (dissident)

De l'avis du juge Lambert, le titre aborigène était très nettement une question en litige dans l'affaire dont il était saisi. Il a conclu que, en droit, le droit des Indiens sur les terres des réserves est le même droit que celui constitué par le titre aborigène, et il a pris connaissance d'office du fait que la Bande détenait le titre aborigène sur les terres de la Réserve. En conséquence, le juge Lambert a amorcé son analyse de la première question en se demandant si la prise forcée de terres avait pour effet d'éteindre le titre aborigène.

En bref, il a répondu que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* n'était pas suffisamment clair et net pour éteindre le titre aborigène, de sorte que celui-ci demeurerait une charge grevant toute terre prise en vertu de cet article ou tout droit sur une telle terre, notamment un droit semblable ou équivalent à un fief simple. Par conséquent, à son avis, une terre qui n'a pas fait l'objet d'une cession absolue, mais qui est prise en vertu de l'art. 35 à l'intérieur des limites géographiques d'une réserve, demeure un immeuble « situ[é] dans la réserve » aux fins de taxation en vertu de l'al. 83(1)(a) de la Loi. En conséquence, le juge Lambert aurait répondu par l'affirmative à la première question.

Quant à la deuxième question, le juge Lambert a énoncé les principes suivants, qui régissent l'interprétation d'un décret touchant les droits des Indiens sous la protection de la Couronne. Premièrement, les ambiguïtés d'un texte de loi touchant des terres indiennes doivent recevoir l'interprétation la plus favorable aux droits des Indiens à laquelle peut raisonnablement se prêter le texte : voir *Nowegijick c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 29, et *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. Deuxièmement, il faut donner à un texte de loi une interprétation et une application qui ne portent qu'une atteinte minimale aux droits des Indiens si

29

30

31

interpretation and application are in accordance with the enactment, reasonably construed: see *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), at p. 25; *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119. Third, technical conveyancing principles should not guide the resolution of questions involving the “*sui generis*” nature of Indian land where the interests of the Crown and the Indians in question can be reconciled and harmonized in a way consistent with the purposes of the legislation and the purposes of the transaction itself, and where such reconciliation and harmonization would be prevented by an adherence to strict conveyancing principles: see *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, and *St. Mary’s Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657.

32 Applying the foregoing principles, Lambert J.A. offered two alternative answers to Question 2. First, he held that the Order in Council transferred to the Province the administration and control of an interest in land akin to statutory easement, as opposed to a fee simple. Alternatively, he held that the Order in Council is ambiguous, and should be interpreted as transferring an interest sufficient to confer all the rights needed for the operation of the canal leaving the Band’s interest in the land minimally impaired and sufficient to support their taxation powers.

33 Accordingly, Lambert J.A. answered the second question “No”, and he would have allowed the appeal.

V. Issues and Submissions of the Parties

- 34
1. Can a taking pursuant to s. 35 of the *Indian Act* extinguish an Indian band’s interest in reserve land such that the land is no longer “in the reserve” and falls outside the jurisdiction of the band?
 2. Did Order in Council 1957-577 remove the land at issue in this case from the Osoyoos Indian Reserve Number 1?

cette interprétation et cette application sont compatibles avec une interprétation raisonnable du texte en question : voir *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), p. 25; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119. Troisièmement, il ne faut pas que des règles de cession formalistes guident la résolution de questions faisant intervenir le caractère « *sui generis* » des terres indiennes lorsque les intérêts de la Couronne et des Indiens en jeu peuvent être conciliés et harmonisés d’une manière conforme à l’objet de la loi et de l’opération elle-même, et lorsque l’application rigoureuse de ces règles de cession empêcherait cette conciliation et cette harmonisation : voir *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, et *Bande indienne de St. Mary’s c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657.

Appliquant les principes qui précèdent, le juge Lambert a proposé deux réponses à la question 2. Premièrement, il a conclu que le décret avait transféré à la province la gestion et la maîtrise d’un droit foncier analogue à une servitude légale, et non le fief simple. Deuxièmement, il a estimé que le décret est ambigu et qu’il faut considérer qu’il transfère tous les droits nécessaires à l’exploitation du canal, mais que le droit de la Bande sur les terres visées ne subit qu’une atteinte minimale et demeure suffisant pour fonder l’exercice de ses pouvoirs de taxation.

En conséquence, le juge Lambert a répondu par la négative à la deuxième question et il aurait accueilli l’appel.

V. Les questions en litige et les arguments des parties

1. Est-ce que la prise de terres en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* peut avoir pour effet d’éteindre le droit d’une bande indienne dans des terres de réserve, de sorte que ces terres ne seraient plus situées « dans la réserve » et cesseraient de relever de l’autorité de la bande?
2. Le décret 1957-577 a-t-il eu pour effet d’exclure de la réserve numéro 1 de la bande indienne d’Osoyoos les terres litigieuses en l’espèce?

The appellant submits that s. 35 does not evince a clear and plain intent to extinguish the aboriginal interest in reserve land. Therefore, land in which an interest is taken pursuant to s. 35 remains within the reserve and subject to the Band's jurisdiction to tax. Hence, the answer to the first question is "No". The appellant further submits that because Indian interests are at stake, fiduciary principles constrain the discretion of the Governor in Council to transfer land under s. 35. Consequently, a minimal impairment rule should be applied in the interpretation of the Order in Council with the result that the Governor in Council could not have intended to, and did not in fact, remove the land at issue from the reserve. Hence, the answer to the second question is "No".

The Town of Oliver submits that s. 35 does authorize the expropriation of fee simple interests in reserve lands. Thus, because a fee simple interest in land is logically incompatible with an aboriginal interest in land, it is clear and plain that s. 35 is capable of extinguishing the aboriginal interest in reserve lands such that the lands are no longer within the legislative mandate of the *Indian Act*. The Province also argues that s. 35 clearly authorizes the expropriation of "any interest" in land, including an aboriginal interest in reserve land. Hence, the respondents' answer to the first question is "Yes". With respect to the interpretation of the Order in Council, the respondents submit that the Governor in Council is not under any fiduciary duty to the Band in the context of a taking of an interest in reserve land under s. 35. Therefore, a minimal impairment rule should not be applied in this case. The respondents further submit that Order in Council 1957-577 is not ambiguous and that its clear and plain effect was to transfer a fee simple interest in the land and not merely a statutory easement or some other lesser interest. Consequently, Order in Council 1957-577 did extinguish the aboriginal interest in the lands occupied by the irrigation canal and did remove the lands at issue from the reserve thus removing the taxing jurisdiction of

L'appelante soutient que l'art. 35 n'indique aucune intention claire et nette d'éteindre le droit des Autochtones sur les terres de réserve visées. Par conséquent, les terres sur lesquelles un droit est pris en vertu de l'art. 35 demeurent situées dans la Réserve et assujetties au pouvoir de taxation de la Bande. La réponse à la première question serait donc « Non ». L'appelante prétend également que, comme des droits indiens sont en jeu, les principes applicables en matière fiduciaire limitent le pouvoir discrétionnaire du gouverneur en conseil de transférer des terres en vertu de l'art. 35. En conséquence, il faut interpréter le décret conformément à la règle de l'atteinte minimale et, partant, le gouverneur en conseil ne saurait avoir eu l'intention d'exclure de la Réserve les terres en cause et, dans les faits, il ne l'a pas fait. La réponse à la deuxième question serait donc « Non ».

La ville d'Oliver fait valoir que l'art. 35 autorise l'expropriation d'intérêts en fief simple sur des terres de réserve. Ainsi, puisque l'intérêt en fief simple sur des terres est logiquement incompatible avec l'existence d'un droit sur ces terres, il est clair et net que l'art. 35 peut fonder l'extinction d'un tel droit sur des terres de réserve, de telle sorte que ces terres ne relèveraient plus de la *Loi sur les Indiens*. La province prétend aussi que l'art. 35 autorise clairement l'expropriation de « tout droit » sur les terres, y compris le droit des Autochtones sur des terres de réserve. Par conséquent, la réponse des intimées à la première question serait « Oui ». Quant à l'interprétation du décret, les intimées affirment que le gouverneur en conseil n'a aucune obligation de fiduciaire envers la Bande dans le contexte de la prise d'un droit sur des terres de réserve effectuée en vertu de l'art. 35. En conséquence, la règle de l'atteinte minimale ne devrait pas être appliquée en l'espèce. Les intimées ajoutent que le décret 1957-577 n'est pas ambigu et qu'il a eu pour effet clair et net de transférer un intérêt en fief simple sur les terres, et non pas simplement une servitude légale ou un autre droit inférieur. Par conséquent, le décret 1957-577 a éteint le droit des Autochtones sur les terres où se trouve le canal d'irrigation et il a exclu ces terres de la Réserve, les soustrayant ainsi au pouvoir de taxation de la Bande.

the Band. Hence, the answer to the second question is “Yes”.

VI. Analysis

A. *Preliminary Issues*

37 At the outset, I wish to address four preliminary issues that I believe have significant implications for the subsequent analysis and interpretation of the Order in Council.

1. Unsatisfactory Factual Basis

38 The determination of the rights and entitlements at issue in this case will significantly affect the interests of the parties. Yet, the factual basis upon which that determination must be made is somewhat unsatisfactory. I share the view of the Court of Appeal that the evidentiary record in this case is demonstrably incomplete. Important relevant evidence that could assist the Court in the interpretation and application of the Order in Council may be available but does not form part of the record of this case.

39 In particular, there is no evidence that explains under what authority, if any, the canal was initially constructed and operated prior to the enactment of the Order in Council. There is no evidence to indicate which interests in land were assessed or what methodology was used to calculate the value of the compensation received by the Band in 1955. The documentary evidence is thin: none of the correspondence, Band Council resolutions, minutes of meetings or other documents and reports that could offer external evidence of intention relating to the transfer effected by Order in Council 1957-577 was presented. Apart from the fact that the canal is “concrete lined”, we do not know anything about how it was constructed. Similarly, apart from the fact that the canal lands cover an area of 56.09 acres, we do not know anything about its specific dimensions. There was no evidence that would explain what type of tenure is necessary to maintain and operate the canal or precisely what type of tenure is enjoyed by the Town of Oliver. There was no evidence of the activities carried on on the lands in question; whether it is fenced off or

En conséquence, la réponse à la deuxième question serait « Oui ».

VI. L'analyse

A. *Les questions préliminaires*

Au départ, je désire examiner quatre questions préliminaires qui, selon moi, ont une incidence importante sur l'analyse et l'interprétation du décret.

1. L'insuffisance du fondement factuel

La détermination des droits et facultés en cause dans la présente affaire aura des répercussions importantes sur les droits des parties. Toutefois, le fondement factuel à partir duquel il faut effectuer cette détermination est dans une certaine mesure insuffisant. Je partage l'opinion de la Cour d'appel selon laquelle la preuve est manifestement incomplète en l'espèce. Il existe peut-être des éléments de preuve importants et susceptibles d'aider notre Cour à interpréter et à appliquer le décret, mais ils ne figurent pas au dossier en l'espèce.

En particulier, aucun élément de preuve n'explique en vertu de quel pouvoir, si tant est qu'il en existe un, le canal a été construit et exploité avant la prise du décret. Il n'y a aucune preuve indiquant quels droits fonciers ont été évalués ni quelle méthodologie a été utilisée dans le calcul de la valeur de l'indemnité reçue par la Bande en 1955. La preuve documentaire est ténue : on n'a pas présenté de lettres, de résolutions du conseil de bande, de procès-verbaux de réunions, de rapports ou d'autres documents susceptibles d'apporter une preuve extrinsèque de l'intention qui motivait le transfert effectué par le décret 1957-577. Hormis le fait que le canal est [TRADUCTION] « en béton », nous ne savons rien de sa construction. De même, outre le fait que les terres formant le canal couvrent une superficie de 56,09 acres, nous ne savons rien de leurs dimensions précises. Il n'y a pas de preuve expliquant le type de tenure nécessaire à l'entretien et à l'exploitation du canal ni le type précis de tenure dont jouit la ville d'Oliver. Il n'y a aucune preuve sur les activités exercées sur les terres en question, ni de preuve indiquant si ces terres sont clôturées, si

occupied exclusively by the Town of Oliver, or whether the Band members are permitted to cross the canal at certain points.

In my view, as a general matter the Court should be cautious in taking away interests in land in the absence of a complete evidentiary record. This is especially true when the interest at stake is the aboriginal interest in reserve land. As discussed below, in order to extinguish an aboriginal interest in reserve land the Sovereign must evince a clear and plain intention to do so. In this case, we are faced with the difficult task of determining intention without supporting facts and evidence. Having said all this, as the appeal comes by way of a stated case, we must determine the rights of the parties as best we can using the evidence at hand.

2. Sui Generis Nature of Aboriginal Interest in Reserve Land

Canadian jurisprudence on the nature of the aboriginal interest in reserve land began with the decision of *St. Catherine's Milling and Lumber Co. v. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, in which Lord Watson, speaking for the Privy Council, stated at p. 54 that "the tenure of the Indians [is] a personal and usufructuary right". See also *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554. Since then, our understanding of the nature of aboriginal interests in land has continued to develop. In this connection, when describing the features of the aboriginal interest in reserve land it is useful to refer to this Court's recent jurisprudence on the nature of aboriginal title. Although the two interests are not identical, they are fundamentally similar: see *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 379, *per* Dickson J. (as he then was); *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, at paras. 116-21, *per* Lamer C.J.

The features common to both the aboriginal interest in reserve land and aboriginal title include the facts that both interests are inalienable except to the Crown, both are rights of use and occupation, and both are held communally. Thus, it is now firmly

elles sont occupées exclusivement par la ville d'Oliver ou si les membres de la Bande peuvent traverser le canal à certains endroits.

Je suis d'avis que, en l'absence de preuve complète, notre Cour doit en règle générale faire montre de circonspection avant de retirer des droits fonciers. C'est particulièrement vrai dans les cas où le droit en jeu est le droit des Autochtones sur les terres de la réserve. Comme il est expliqué plus loin, pour qu'il y ait extinction d'un tel droit, il faut démontrer l'existence d'une intention claire et nette de Sa Majesté à cet effet. En l'espèce, nous avons la difficile tâche de statuer sur l'existence ou non de cette intention en l'absence d'assises factuelles et probatoires. Cela dit, comme le pourvoi est présenté par voie d'exposé de cause, nous devons déterminer les droits des parties du mieux que nous le pouvons, et ce à l'aide de la preuve dont nous disposons.

2. Le caractère sui generis du droit des Autochtones sur les terres de réserve

L'arrêt *St. Catherine's Milling and Lumber Co. c. The Queen* (1888), 14 App. Cas. 46, où lord Watson, s'exprimant au nom du Conseil privé, a dit à la p. 54 que [TRADUCTION] « la tenure des Indiens [est] un droit personnel, de la nature d'un usufruit », a marqué le début de la jurisprudence canadienne sur la nature des droits des Autochtones sur les terres de réserve. Voir également *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554. Depuis, notre compréhension de la nature des droits fonciers des Autochtones a continué d'évoluer. À cet égard, il est utile de se référer à la jurisprudence récente de notre Cour sur la nature du titre aborigène pour décrire les caractéristiques du droit des Autochtones sur les terres de réserve. Bien que ces deux types de droits ne soient pas identiques, ils sont fondamentalement similaires : voir *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 379, le juge Dickson (plus tard Juge en chef); *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 116 à 121, le juge en chef Lamer.

Les caractéristiques communes au titre aborigène et au droit des Autochtones sur les terres de réserve sont notamment le fait que les deux types de droits sont inaliénables sauf en faveur de la Couronne, qu'ils constituent des droits d'usage et d'occupation

40

41

42

established that both types of native land rights are *sui generis* interests in the land that are distinct from “normal” proprietary interests: *St. Mary’s Indian Band, supra*, at para. 14. Native land rights are in a category of their own. There are three implications that follow from the nature of the aboriginal interest in reserve lands that are important in the context of this case.

43 First, it is clear that traditional principles of the common law relating to property may not be helpful in the context of aboriginal interests in land: *St. Mary’s Indian Band, supra*. Courts must “go beyond the usual restrictions imposed by the common law”, in order to give effect to the true purpose of dealings relating to reserve land: see *Blueberry River Indian Band, supra*, at para. 7, *per* Gonthier J. This is as true of the Crown’s purpose in making a grant of an interest in reserve land to a third party as it is of an Indian band’s intentions in surrendering land to the Crown.

44 All members of the Court of Appeal acknowledged this Court’s jurisprudence on the applicability of common law principles in the context of native land rights. Newbury J.A. wrote (at para. 93) that “a non-technical approach may be justified” even in the context of expropriation, and that form should generally not be permitted to “trump substance” wherever Indian interests may be affected. However, the majority went on to hold (at para. 94) that “in the case of an expropriation under s. 35, where the primary parties are the federal and provincial governments by whom common law concepts of real property are well understood, ‘formalistic’ words of limitation will . . . be the focus of the inquiry”. This view is based on the mistaken assumption that the inapplicability of common law rules in relation to Indian lands has to do with the capacity of the parties to the transaction. However, the principle that it is inappropriate to apply common law real property rules to Indian lands was developed because of the *sui generis* nature of aboriginal interests in land. In

exclusifs et qu’ils sont détenus collectivement. Par conséquent, il est maintenant fermement établi que les deux types de droits fonciers autochtones sont des droits *sui generis* distincts des droits de propriété « normaux » : *Bande indienne de St. Mary’s*, précité, par. 14. Les droits fonciers autochtones appartiennent à une catégorie qui leur est propre. Trois conséquences importantes en l’espèce découlent de la nature du droit des Autochtones sur les terres de réserve.

Premièrement, il est clair que les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s’avérer utiles dans le contexte des droits fonciers des Autochtones : *Bande indienne de St. Mary’s*, précité. Les tribunaux « doivent faire abstraction des restrictions habituelles imposées par la common law » afin de donner effet à l’objet véritable des opérations relatives aux terres de réserve : voir *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, par. 7, le juge Gonthier. Cette règle s’applique tant au but visé par la Couronne lorsqu’elle concède à un tiers un droit sur des terres de réserve qu’à l’intention de la bande indienne qui cède des terres à la Couronne.

Tous les membres de la Cour d’appel ont pris acte de la jurisprudence de notre Cour sur l’applicabilité des principes de common law dans le contexte des droits fonciers des Autochtones. Le juge Newbury a écrit (au par. 93) [TRADUCTION] « [qu’]une approche non formaliste peut être justifiée » même en matière d’expropriation et qu’on ne doit généralement pas permettre à la forme de « l’emporte[r] [. . .] sur le fond » dans tous les cas où des droits indiens peuvent être touchés. Les juges majoritaires ont toutefois ajouté (au par. 94) que [TRADUCTION] « dans le cas d’une expropriation effectuée en vertu de l’art. 35, où les parties principales sont le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial, qui sont tous deux familiers avec les concepts du droit des biens en common law, l’examen s’attachera aux termes restrictifs “formalistes” ». Cette opinion repose sur l’hypothèse erronée que l’inapplicabilité des règles de la common law aux terres indiennes a trait à la capacité des parties à l’opération. Cependant, le principe qu’il ne convient pas d’appliquer aux terres indiennes les règles du droit des biens en

the result, the transfer at issue in this case cannot be treated as a regular, commercial transaction.

Second, it follows from the *sui generis* nature of the aboriginal interest in reserve land and the definition of “reserve” in the *Indian Act* that an Indian band cannot unilaterally add to or replace reserve lands. The intervention of the Crown is required. In this respect, reserve land does not fit neatly within the traditional rationale that underlies the process of compulsory takings in exchange for compensation in the amount of the market value of the land plus expenses. The assumption that the person from whom the land is taken can use the compensation received to purchase replacement property fails to take into account in this context the effect of reducing the size of the reserve and the potential failure to acquire reserve privileges with respect to any off-reserve land that may thereafter be acquired.

Third, it is clear that an aboriginal interest in land is more than just a fungible commodity. The aboriginal interest in land will generally have an important cultural component that reflects the relationship between an aboriginal community and the land and the inherent and unique value in the land itself which is enjoyed by the community. This view flows from the fact that the legal justification for the inalienability of aboriginal interests in land is partly a function of the common law principle that settlers in colonies must derive their title from Crown grant, and partly a function of the general policy “to ensure that Indians are not dispossessed of their entitlements”: see *Delgamuukw*, *supra*, at paras. 129-31, *per* Lamer C.J.; *Mitchell*, *supra*, at p. 133.

Land may be removed from a reserve with the participation of the Crown, which owes a fiduciary duty to the band, as discussed below. Fiduciaries are held to a high standard of diligence. For

common law a été élaboré en raison du caractère *sui generis* des droits fonciers des Autochtones. En conséquence, le transfert en cause dans la présente affaire ne saurait être traité comme une opération commerciale ordinaire.

Deuxièmement, il ressort du caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres de réserve et de la définition de « réserve » dans la *Loi sur les Indiens* qu’une bande indienne ne peut pas unilatéralement ajouter des terres à sa réserve ou remplacer de telles terres. L’intervention de la Couronne est requise en pareils cas. À cet égard, la notion de terres de réserve cadre mal avec la raison d’être traditionnelle du mécanisme de prise forcée de certaines terres en contrepartie d’une indemnité égale à la valeur marchande des terres en question majorée des frais. L’idée que la personne dont les terres sont prises puisse utiliser l’indemnité reçue pour acheter des biens de substitution ne tient pas compte, dans le contexte des terres de réserve, du fait qu’une telle situation aurait pour effet de réduire la taille de la réserve et de la possibilité que toute terre acquise ultérieurement à l’extérieur de la réserve ne comporte pas les privilèges assortissant les terres de réserve.

Troisièmement, il est clair qu’un droit foncier autochtone est davantage qu’un simple bien fungible. Un tel droit comporte généralement un aspect culturel important, qui reflète les rapports entre la collectivité autochtone concernée et le territoire ainsi que la valeur intrinsèque et unique des terres elles-mêmes dont jouit la collectivité. Cette façon de voir vient du fait que le fondement juridique de l’inaliénabilité des droits fonciers des Autochtones repose en partie sur le principe de common law selon lequel le titre des colons doit découler d’une concession de la Couronne, et en partie sur la politique d’intérêt général qui consiste à « veiller à ce que [les Indiens] ne soient pas dépouillés de leurs droits » : voir *Delgamuukw*, précité, par. 129 à 131, le juge en chef Lamer; *Mitchell*, précité, p. 133.

Des terres peuvent être exclues d’une réserve avec la participation de la Couronne, qui a une obligation de fiduciaire envers la bande visée, comme nous le verrons plus loin. Un fiduciaire

45

46

47

this reason, as well as by reason of the foregoing principles, it follows that a clear and plain intention must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve. In this regard, I respectfully disagree with my colleague, Gonthier J., when he states that no such intention is necessary in the context of a taking of an Indian interest in reserve land. In that connection, unlike my colleague, I agree with the approach taken by Décary J.A. in applying the clear and plain intention rule to reserve land: see *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.), at para. 27; see also *Calder v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at p. 404 (per Hall J., dissenting); *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350 (T.D.), at paras. 13-19 (per Muldoon J.).

3. Section 83: the Authority to Tax Property Interests “in the Reserve”

48

Section 83(1)(a) of the *Indian Act* provides Indian bands with the jurisdiction to impose tax on a very broad range of interests in land. This is clear from the plain meaning of the words in that section. In particular, it is notable that the section provides band councils with the authority to make by-laws for the taxation of “land” and “interests in land”, including “rights to occupy, possess or use land”. Indeed, the only limitation on the power to tax is that the land subject to taxation must be “in the reserve”.

49

That s. 83(1)(a) should be given a broad reading is clear from an application of the principle in *Nowegijick, supra*, as explained by La Forest J. in *Mitchell, supra*, at p. 143:

... it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights,

est tenu à une norme élevée de diligence. Pour cette raison et compte tenu des principes susmentionnés, il doit y avoir une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve. À cet égard, je dois en toute déférence exprimer mon désaccord avec mon collègue le juge Gonthier lorsqu'il déclare qu'une telle intention n'est nullement nécessaire dans le contexte de la prise d'un droit des Indiens sur des terres de réserve. Contrairement à mon collègue, je souscris à l'approche adoptée par le juge Décary pour l'application de la règle de l'intention claire et nette aux terres de réserve : voir *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.), par. 27; voir également *Calder c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, p. 404 (le juge Hall, dissident); *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350 (1^{re} inst.), par. 13 à 19 (le juge Muldoon).

3. L'article 83 : le pouvoir de taxer les droits fonciers « situés dans la réserve »

L'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* confère aux bandes indiennes le pouvoir d'imposer des taxes sur un large éventail de droits fonciers. Cette constatation ressort clairement du sens ordinaire des mots utilisés dans le texte de cette disposition. Il faut souligner en particulier que celle-ci reconnaît aux conseils de bande le pouvoir de prendre des règlements administratifs imposant des taxes sur les « immeubles » ainsi que sur les « droits sur ceux-ci », et notamment sur les « droits d'occupation, de possession et d'usage ». En fait, la seule limite assortissant ce pouvoir de taxation est que l'immeuble taxé doit être situé « dans la réserve ».

La conclusion que l'al. 83(1)a) doit être interprété largement ressort clairement de l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Nowegijick*, précité, comme l'a expliqué le juge La Forest dans l'arrêt *Mitchell*, précité, p. 143 :

... il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens

and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them

At the same time, I do not accept that this salutary rule that statutory ambiguities must be resolved in favour of the Indians implies automatic acceptance of a given construction simply because it may be expected that the Indians would favour it over any other competing interpretation. It is also necessary to reconcile any given interpretation with the policies the Act seeks to promote. [Emphasis added.]

The cautionary note sounded by La Forest J. is of no import here. As acknowledged by this Court in *St. Mary's Indian Band*, *supra*, at para. 24, the position taken by Parliament in respect of s. 83(1)(a) is that “[o]ne of the most important by-law powers that bands need is their power to tax use of the land” and “band councils have the power to tax any interest or use of reserve lands in order to defray their costs as the government of that land”. It follows that, unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) and both easements and rights to use or occupy land held by non-band members are subject to the taxation jurisdiction.

4. The Content of the Crown's Fiduciary Duty in the Context of Section 35

The intervener the Attorney General of Canada submits that when Canada's public law duty conflicts with its statutory obligation to hold reserve lands for the use and benefit of the band for which they were set apart, then a fiduciary duty does not arise. The Attorney General argues that the existence of a fiduciary duty to impair minimally the Indian interest in reserve lands is inconsistent with the legislative purpose of s. 35 which is to act in the greater public interest and that the opening phrase of s. 18(1) of the *Indian Act*, “Subject to the provisions of this Act . . .”, effectively releases the Crown from its fiduciary duty in respect of s. 35 takings. In addition, the Attorney General contends that a fiduciary

et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger. . .

En même temps, je n'accepte pas que cette règle salutaire portant que les ambiguïtés législatives doivent profiter aux Indiens revienne à accepter automatiquement une interprétation donnée pour la simple raison qu'il peut être vraisemblable que les Indiens la préféreraient à toute autre interprétation différente. Il est également nécessaire de concilier toute interprétation donnée avec les politiques que la Loi tente de promouvoir. [Je souligne.]

La mise en garde du juge La Forest n'est pas pertinente en l'espèce. Comme l'a reconnu notre Cour dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's*, précité, par. 24, la position du législateur relativement à l'al. 83(1)a) est qu'« [u]ne des attributions les plus importantes que les bandes ont besoin d'exercer par voie de statuts administratifs, c'est la taxation de l'occupation du sol », et que « les conseils de bande ont le pouvoir d'imposer le locataire ou l'utilisateur d'une partie du territoire de la réserve pour couvrir leurs dépenses d'administration de ce territoire ». En conséquence, à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a) et tant les servitudes que les droits d'usage ou d'occupation des terres dont sont titulaires des non-membres de la bande sont assujettis au pouvoir de taxation de cette dernière.

4. Le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans le contexte de l'art. 35

Le procureur général du Canada intervenant soutient qu'aucune obligation de fiduciaire ne prend naissance lorsque l'obligation qu'a l'État en droit public entre en conflit avec celle que lui fait la Loi de détenir des terres de réserve à l'usage et au profit de la bande pour laquelle il les a mises de côté. Le procureur général prétend que l'existence d'une obligation de fiduciaire de porter le moins possible atteinte au droit des Indiens sur les terres de réserve est incompatible avec l'objet de l'art. 35, qui est d'agir dans l'intérêt public général, et que les premiers mots du par. 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, « Sauf les dispositions de la présente loi . . . », libèrent en fait la Couronne de

50

51

obligation to impair minimally the Indian interest in reserve lands is inconsistent with the principles of fiduciary law which impose a duty of utmost loyalty on the fiduciary to act only in the interests of the person to whom the duty is owed. Thus, the Attorney General submits that the holding in *Guerin*, *supra*, that the surrender of an Indian interest of land gives rise to a fiduciary duty on the part of the Crown to act in the best interests of the Indians does not extend to the context of expropriation, and that the duty of the Crown to the band in the case of an expropriation of reserve land is similar to its duty to any other land holder — to compensate the band appropriately for the loss of the lands.

52

In my view, the fiduciary duty of the Crown is not restricted to instances of surrender. Section 35 clearly permits the Governor in Council to allow the use of reserve land for public purposes. However, once it has been determined that an expropriation of Indian lands is in the public interest, a fiduciary duty arises on the part of the Crown to expropriate or grant only the minimum interest required in order to fulfill that public purpose, thus ensuring a minimal impairment of the use and enjoyment of Indian lands by the band. This is consistent with the provisions of s. 35 which give the Governor in Council the absolute discretion to prescribe the terms to which the expropriation or transfer is to be subject. In this way, instead of having the public interest trump the Indian interests, the approach I advocate attempts to reconcile the two interests involved.

53

This two-step process minimizes any inconsistency between the Crown's public duty to expropriate lands and its fiduciary duty to Indians whose lands are affected by the expropriation. In the first stage, the Crown acts in the public interest in determining that an expropriation involving Indian lands is required in order to fulfill some public purpose.

son obligation de fiduciaire relativement aux prises effectuées en vertu de l'art. 35. En outre, le procureur général plaide que l'obligation de fiduciaire qui consiste à porter atteinte de façon minimale au droit des Indiens sur les terres de réserve est incompatible avec les principes du droit des fiducies, lesquels imposent au fiduciaire une obligation de loyauté absolue lui enjoignant de n'agir que dans l'intérêt du créancier de cette obligation. Le procureur général soutient donc que ne s'applique pas en matière d'expropriation la conclusion tirée dans l'arrêt *Guerin*, précité, selon laquelle la cession d'un droit foncier des Indiens fait naître une obligation de fiduciaire enjoignant à la Couronne d'agir dans l'intérêt des Indiens, et que l'obligation qu'a la Couronne envers la bande en cas d'expropriation de terres de réserve est semblable à celle qu'elle a envers tout autre propriétaire foncier, c'est-à-dire d'indemniser convenablement la bande pour la perte des terres en question.

À mon avis, l'obligation de fiduciaire de la Couronne ne se limite pas aux cessions. L'article 35 permet clairement au gouverneur en conseil d'autoriser l'usage de terres de réserve à des fins d'intérêt public. Cependant, une fois qu'il est établi que l'expropriation de terres indiennes est dans l'intérêt du public, la Couronne a l'obligation de fiduciaire de n'exproprier que le droit minimal requis pour réaliser cette fin d'intérêt public et ainsi de faire en sorte que le droit de la bande d'utiliser des terres indiennes et d'en jouir ne subisse qu'une atteinte minimale. Cette obligation est compatible avec les dispositions de l'art. 35, qui confèrent au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu de prescrire les modalités de l'expropriation ou du transfert. De cette manière, plutôt que de faire prévaloir l'intérêt public sur les droits des Indiens, l'approche que je préconise tend à concilier les intérêts en jeu.

Ce processus à deux étapes permet de réduire au minimum toute incompatibilité entre l'obligation de droit public de la Couronne d'exproprier des terres et l'obligation de fiduciaire qu'elle a envers les Indiens dont les terres sont touchées par l'expropriation. Au cours de la première étape, la Couronne agit dans l'intérêt public en

At this stage, no fiduciary duty exists. However, once the general decision to expropriate has been made, the fiduciary obligations of the Crown arise, requiring the Crown to expropriate an interest that will fulfill the public purpose while preserving the Indian interest in the land to the greatest extent practicable.

The duty to impair minimally Indian interests in reserve land not only serves to balance the public interest and the Indian interest, it is also consistent with the policy behind the rule of general inalienability in the *Indian Act* which is to prevent the erosion of the native land base: *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at para. 52. The contention of the Attorney General that the duty of the Crown to the Band is restricted to appropriate compensation cannot be maintained in light of the special features of reserve land discussed above, in particular, the facts that the aboriginal interest in land has a unique cultural component, and that reserve lands cannot be unilaterally added to or replaced.

As the Crown's fiduciary duty is to protect the use and enjoyment of the Indian interest in expropriated lands to the greatest extent practicable, the duty includes the general obligation, wherever appropriate, to protect a sufficient Indian interest in expropriated land in order to preserve the taxation jurisdiction of the band over the land, thus ensuring a continued ability to earn income from the land. Although in this case the taxation jurisdiction given to bands came after the Order in Council of 1957, the principle is the same, namely that the Crown should not take more than is needed for the public purpose and subject to protecting the use and enjoyment of Indians where appropriate.

décidant que l'expropriation des terres indiennes est requise pour cause d'utilité publique. À cette étape, il n'existe aucune obligation de fiduciaire. Cependant, une fois prise la décision générale d'exproprier naissent alors les obligations de fiduciaire de la Couronne, qui obligent celle-ci à n'exproprier que le droit propre à permettre la réalisation de la fin d'intérêt public tout en préservant autant que possible le droit des Indiens sur les terres visées.

Non seulement l'obligation de porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens sur les terres de réserve sert-elle à harmoniser l'intérêt du public et celui des Indiens, mais elle est également conforme aux principes qui sous-tendent la règle d'inaliénabilité générale que prévoit la *Loi sur les Indiens* et qui vise à prévenir l'érosion de l'assise territoriale des Indiens : *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 52. À la lumière des caractéristiques spéciales des terres de réserve examinées précédemment, notamment le fait que le droit des Autochtones sur ces terres comportent un aspect culturel unique et qu'on ne peut unilatéralement ajouter des terres à la réserve ou remplacer de telles terres, l'argument du procureur général selon lequel l'obligation qu'a la Couronne envers la Bande se limite à verser une indemnité convenable ne saurait être retenu.

Comme elle consiste à protéger autant que possible l'usage et la jouissance du droit des Indiens sur les terres expropriées, l'obligation de fiduciaire de la Couronne emporte également pour celle-ci l'obligation générale de protéger, dans tous les cas où il est indiqué de le faire, un droit autochtone suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande sur les terres en cause et, ainsi, de permettre à celle-ci de continuer à tirer un revenu de ces terres. Bien que, en l'espèce, le pouvoir de taxation ait été conféré aux bandes indiennes après la prise du décret de 1957, le principe est le même, à savoir que la Couronne ne doit pas prendre plus que ce qui est nécessaire pour réaliser la fin d'intérêt public et elle est tenue de protéger s'il y a lieu les droits d'usage et de jouissance des Indiens.

54

55

B. *Does Section 35 Authorize the Removal of Land Out of a Reserve?*

1. The Clear and Plain Intention Test and Its Application to Section 35

56 As discussed above, in order to extinguish the aboriginal interest in reserve land, the sovereign's intention must be clear and plain.

57 Section 35 of the *Indian Act* does not expressly authorize the extinguishment or taking of the aboriginal interest in land. However, in making its intention clear and plain, the Crown does not necessarily have to use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 34. Section 35(1) does authorize "a province, a municipal or local authority or a corporation" acting pursuant to a statutory authority "to take or to use lands or any interest therein". Section 35(3) authorizes the Governor in Council to make a "transfer or grant" of the same broad range of interests in reserve land "to the province, authority or corporation". Thus, s. 35 evinces a clear and plain intent to authorize the taking of "any interest" in reserve land, which, in the context of the *Indian Act*, necessarily includes the aboriginal interest in reserve land. On this basis, I conclude that, in general, s. 35 does authorize the removal of land from the reserve. I note that this conclusion is consistent with the *obiter dicta* in *Opetchesah Indian Band*, *supra*, at para. 86, *per* McLachlin J. (as she then was), in dissent; and *Smith*, *supra*, at p. 577, *per* Estey J.

2. The Nature of the Interest Transferred Under Section 35 in this Case

58 Section 35 clearly permits the taking of reserve land for public purposes. Moreover, it is clear and plain that s. 35 authorizes the taking or use of a range of interests in land, up to and including a fee simple interest. This is obvious from an ordinary and grammatical reading of the words of the section.

B. *L'article 35 permet-il que des terres soient exclues d'une réserve?*

1. Le critère de l'intention claire et nette et son application à l'art. 35

Comme on l'a vu précédemment, pour qu'il y ait extinction du droit des Autochtones sur des terres de réserve, l'intention de Sa Majesté à cet effet doit être claire et nette.

L'article 35 de la *Loi sur les Indiens* n'autorise pas expressément l'extinction ou la prise du droit des Autochtones sur des terres de réserve. Toutefois, pour exprimer son intention claire et nette à cet effet, la Couronne n'a pas nécessairement à utiliser des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 34. Le paragraphe 35(1) autorise « une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation » agissant en vertu d'un pouvoir conféré par la loi « de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent ». Le paragraphe 35(3) habilite le gouverneur en conseil à autoriser un « transfert ou octroi [. . .] à la province, autorité ou corporation » de ce large éventail de droits sur des terres de réserve. Par conséquent, il ressort de l'art. 35 une intention claire et nette de permettre la prise de « tout droit » sur des terres de réserve, droit qui, dans le cadre de la *Loi sur les Indiens*, comprend nécessairement le droit des Autochtones sur ces terres. Pour ces motifs, je conclus que, en règle générale, l'art. 35 permet que des terres soient exclues de la réserve. Je souligne que cette conclusion est compatible avec les remarques incidentes prononcées par le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesah*, précité, par. 86, et ainsi qu'aux propos du juge Estey dans l'arrêt *Smith*, précité, p. 577.

2. La nature du droit cédé en vertu de l'art. 35 dans la présente affaire

L'article 35 permet clairement la prise de terres de réserve pour cause d'utilité publique. De plus, il est clair et net que cet article autorise la prise et l'utilisation d'un large éventail de droits fonciers, y compris même un intérêt en fief simple. Cette conclusion ressort du sens ordinaire et grammatical des

However, a more fundamental question is whether s. 35 of the *Indian Act* authorized the removal of lands from the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) in the circumstances of this case.

In seeking to expropriate reserve land under s. 35(1) of the *Indian Act*, the Province was only able to take or use land that it was empowered to take under an Act of the provincial legislature. Section 35(1) reads:

35. (1) Where by an Act of . . . a provincial legislature Her Majesty in right of a province . . . is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council . . . be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein. [Emphasis added.]

The words “the power” clearly refer to that power contained in the Act of the provincial legislature referred to in the opening lines of s. 35(1). Thus, the Province could only exercise “the power” given to it by the relevant Act of the legislature.

The parties concede that the Minister of Agriculture applied for the lands at issue under s. 21 of the *Water Act*, as inferred from the recitations of the Order in Council, i.e. “the Minister of Agriculture . . . applied for the lands . . . for irrigation canal purposes”. Section 21 of the *Water Act* provides:

21. (1) In this and the following three sections “land” includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence. . . . [Emphasis added.]

Thus, under s. 21 of the *Water Act*, the Minister of Agriculture was only empowered to expropriate the “estate or interest in or easement over land” that was “reasonably required” for the purposes of the canal, not more. The Province could not do an end

mots utilisés dans cette disposition. Toutefois, la question plus fondamentale qui se pose est de savoir si l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permettait que, dans les circonstances de l’espèce, des terres soient exclues de la Réserve et soustraites à l’application de l’al. 83(1)a).

Lorsqu’elle a voulu exproprier des terres de réserve en vertu du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, la province n’était habilitée qu’à prendre ou utiliser les terres que ses lois l’habilitaient à prendre. Le paragraphe 35(1) prévoit ce qui suit :

35. (1) Lorsque, par une loi [. . .] d’une législature provinciale, Sa Majesté du chef d’une province [. . .] a le pouvoir de prendre ou d’utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil [. . .] être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent. [Je souligne.]

Les mots « ce pouvoir » renvoient clairement au pouvoir prévu par la loi provinciale visée au début du par. 35(1). Par conséquent, la province pouvait exercer uniquement « [l]e pouvoir » qui lui était conféré par la loi provinciale pertinente.

Les parties concèdent que le ministre de l’Agriculture a demandé le transfert des terres en cause en vertu de l’art. 21 de la *Water Act*, comme permettent de le supposer les extraits suivants du préambule du décret : « le ministre de l’Agriculture [. . .] a demandé, pour les besoins d’un canal d’irrigation, les terres . . . ». L’article 21 de la *Water Act* est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s’entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d’exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l’entretien, l’amélioration ou l’exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis . . . [Je souligne.]

En vertu de l’art. 21 de la *Water Act*, le ministre de l’Agriculture ne pouvait donc exproprier que les « domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs » aux « terres raisonnablement requises » à l’égard du canal, sans plus. La province ne pouvait pas,

59

60

61

run around the limitations on its powers inherent in the *Water Act* and expropriate a greater interest than was reasonably required for the canal by proceeding under s. 35(1) of the *Indian Act*.

62 In the same way, although s. 35(3) permitted the Governor in Council to short-cut the formal expropriation process, neither could the Governor in Council do an end run around the limitations on provincial powers of expropriation and grant an interest greater than the one the Province was authorized to take under its own legislation. Section 35(3) provides:

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province . . . of the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province . . . taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council. [Emphasis added.]

63 By reference to “the powers referred to in subsection (1)”, s. 35(3) authorizes the Governor in Council to grant or transfer only “such lands” as could have been taken by the Province under the relevant statutory authority, in this case, the *Water Act*. In other words, the Governor in Council could only grant the “estate or interest in or easement over land” that was “reasonably required” for the canal. This interpretation of s. 35 is not only consistent with its plain and ordinary meaning, but it is also supported by the principle of interpretation which favours a narrow reading of statutes which limit Indian rights (see para. 67 below).

64 In the result, in the circumstances of this case, because the source of the power to expropriate was the *Water Act*, the discretion to grant “land” pursuant to s. 35(3) was limited to the land or interest in land “reasonably required” for the canal.

65 This raises the question of what type of interest is reasonably required for the canal. The evidence before the Court is insufficient to provide a clear answer. The respondents argue that since the

au moyen du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, contourner les limites intrinsèques des pouvoirs que lui accorde la *Water Act* et exproprier un droit supérieur à celui qui était raisonnablement requis pour le canal.

De même, bien que le par. 35(3) de cette loi autorisât le gouverneur en conseil à passer outre à la procédure d’expropriation officielle, ce dernier ne pouvait pas non plus éluder les limites du pouvoir d’expropriation de la province et octroyer un droit supérieur à celui que la province avait le pouvoir de prendre en vertu de ses propres lois. Le paragraphe 35(3) prévoit ce qui suit :

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l’exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par une province [. . .], il peut, au lieu que la province [. . .] prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil. [Je souligne.]

Compte tenu du renvoi aux « pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) », le par. 35(3) n’autorise le gouverneur en conseil à octroyer ou à transférer que « [l]es terres » que la province aurait pu prendre en vertu de la loi pertinente, en l’occurrence la *Water Act*. En d’autres termes, le gouverneur en conseil ne pouvait octroyer que « des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs » qui étaient « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal. Cette interprétation est non seulement compatible avec le sens ordinaire de l’art. 35, mais elle est également étayée par le principe d’interprétation qui favorise l’interprétation stricte des lois restreignant les droits des Indiens (voir, plus loin, le par. 67).

Par conséquent, étant donné que, dans les circonstances de la présente affaire, la *Water Act* est la source du pouvoir d’expropriation, le pouvoir discrétionnaire d’octroyer des « terres » en vertu du par. 35(3) se limitait aux terres ou aux droits y afférents « raisonnablement requi[s] » pour le canal.

Cette conclusion soulève la question de savoir quel type de droits est raisonnablement requis pour le canal. La preuve dont dispose notre Cour est insuffisante pour apporter une réponse claire. Les

canal is a permanent structure, they therefore must have the exclusive right to use and occupy the land. However, while the canal seems to be a permanent structure on the land, this fact should not be overstated. There was no evidence to indicate what kind of structure the canal is. Stripped to its essence, it is a ditch lined with concrete. Furthermore, it may be inferred that the fee simple to the land was not necessary to construct the canal since no transfer of title was made at the time of its construction. As well, since the canal was already built when the transfer was made, the interest in question is that which is reasonably required to operate and maintain the canal only. Moreover, it is obvious that the fee simple is not necessary to operate and maintain the canal since those activities are currently the responsibility of the Town of Oliver, which appears to have some kind of leasehold interest in the land. A canal is similar in nature to a railway in that both are permanent structures on the land involving operation and maintenance activities, and this Court has found that a grant of a statutory easement can be sufficient for the purposes of building and maintaining a railway (*Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at p. 671). As noted above, as a general matter the Court should be reluctant to take away interests in land in the absence of conclusive evidence.

C. *Did the Order in Council Effect the Removal of Land From the Reserve?*

1. Applicable Principles of Interpretation

In my opinion, the Order in Council must be interpreted in light of the following four principles.

First, I have already discussed how, in order to extinguish the aboriginal interest in reserve land, the Sovereign's intention to do so must be clear and plain.

Second, I agree with Lambert J.A. that if two approaches to the interpretation and application of an enactment are reasonably sustainable as a

intimées prétendent que, comme le canal constitue une structure permanente, elles doivent détenir le droit exclusif d'utiliser et d'occuper les terres visées. Bien que le canal semble être une structure permanente sur les terres visées, il ne faut pas exagérer l'importance de ce fait. Il n'a été présenté aucun élément de preuve indiquant quel genre de structure est le canal. Essentiellement, il s'agit d'une tranchée en béton. Qui plus est, il est possible d'inférer qu'un fief simple sur les terres en cause n'était pas requis pour la construction du canal puisqu'il n'y a eu aucun transfert de titre au moment de la construction. En outre, étant donné que le canal était déjà construit lorsque le transfert a eu lieu, le droit en question est celui qui est raisonnablement requis uniquement pour l'exploitation et l'entretien du canal. De plus, il est évident que le fief simple n'est pas nécessaire pour l'exploitation et l'entretien du canal, puisque ces activités sont actuellement la responsabilité de la ville d'Oliver, qui semble détenir un certain intérêt à bail sur les terres. Un canal est, de par sa nature, assimilable à un chemin de fer en ce qu'il s'agit de deux structures permanentes aménagées sur le sol et qui impliquent des activités d'exploitation et d'entretien, et notre Cour a jugé que l'octroi d'une servitude légale peut suffire pour la construction et l'entretien d'un chemin de fer : voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, p. 671. Comme il a été mentionné plus tôt, notre Cour doit en règle générale hésiter à retirer des droits fonciers en l'absence de preuve concluante justifiant une telle mesure.

C. *Le décret a-t-il exclu les terres en cause de la Réserve?*

1. Les principes d'interprétation applicables

J'estime qu'il faut interpréter le décret à la lumière des quatre principes suivants.

Premièrement, j'ai signalé plus tôt que, pour qu'il y ait extinction du droit des Autochtones sur des terres de réserve, l'intention de la Couronne à cet effet doit être claire et nette.

Deuxièmement, à l'instar du juge Lambert je suis d'avis que si deux façons d'interpréter et d'appliquer une loi sont raisonnablement soutenables en

66

67

68

matter of law, then the interpretation or application that impairs the Indian interests as little as possible should be preferred, so long as the ambiguity is a genuine one, and the construction that is favourable to the Indian interests is one that the enactment will reasonably bear, having regard to the legislative purposes of the enactment: see *Nowegijick, supra*; *Mitchell, supra*; *Semiahmoo Indian Band, supra*, per Isaac C.J., at p. 25; and *Sparrow, supra*, at p. 1119, per Dickson C.J.

69 Third, although the validity of the Order in Council was not challenged in this case, this Court is not required, on that basis, to give legal effect to an unauthorized act of the state. Therefore, it is appropriate in this case to apply a presumption that the Crown acted *intra vires* in making the transfer at issue in this case. Given that the scope of the statutory power to transfer interests in land is constrained by the terms of the *Water Act* in this case, the Governor in Council is presumed to have intended to transfer only that interest “reasonably required” for irrigation canal purposes. This approach is further support for the application of a minimal impairment rule in the context of this appeal.

70 Finally, as noted above, the *sui generis* nature of an aboriginal interest in reserve land justifies the departure from traditional common law property rules in relation to dealings with reserve land. Consequently, the transfer at issue in this case cannot be treated as a regular, commercial transaction. Rather, a non-technical approach to the interpretation of the Order in Council is preferable.

2. What Interest in Land Does the Order in Council Convey?

71 The Order in Council may be interpreted as expressly conveying either a fee simple or a more limited interest, or it may be ambiguous as to what interest has been conveyed.

72 Although I am of the view that the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interests conveyed, I would like first to address the respondents’ main arguments in support of their view that the

droit, il faut retenir celle qui porte atteinte de façon minimale aux droits des Indiens, dans la mesure où l’ambiguïté est réelle et où l’interprétation favorable aux droits des Indiens peut raisonnablement s’appuyer sur la loi, compte tenu des objectifs visés par celle-ci : voir *Nowegijick*, précité; *Mitchell*, précité; *Bande indienne de Semiahmoo*, précité, le juge en chef Isaac, p. 25; *Sparrow*, précité, p. 1119, le juge en chef Dickson.

Troisièmement, quoique la validité du décret n’ait pas été contestée en l’espèce, notre Cour n’est pas pour autant tenue de donner effet juridique à un acte non autorisé de l’État. Il y a donc lieu d’appliquer la présomption voulant que la Couronne ait agi dans les limites de ses pouvoirs en effectuant le transfert en cause. Comme en l’espèce la portée du pouvoir légal de céder des droits fonciers est circonscrite par les dispositions de la *Water Act*, le gouverneur en conseil est présumé avoir voulu céder uniquement le droit « raisonnablement requi[s] » pour les besoins du canal d’irrigation. Cette approche appuie également l’application de la règle de l’atteinte minimale dans le présent pourvoi.

Enfin, comme il a été souligné précédemment, le caractère *sui generis* du droit des Autochtones sur les terres de réserve justifie de déroger aux règles traditionnelles du droit des biens en common law dans le cadre d’opérations visant de telles terres. Par conséquent, le transfert en cause dans la présente affaire ne saurait être traité comme une opération commerciale ordinaire. Au contraire, il est préférable d’appliquer une approche non formaliste pour l’interprétation du décret.

2. Quel droit foncier cède le décret?

Le décret peut être interprété de deux façons : ou bien il a pour effet de céder expressément un fief simple ou un droit plus limité, ou bien il est ambigu quant à la nature du droit cédé.

Bien que je sois d’avis que le décret est ambigu quant à la nature des droits cédés, j’aimerais d’abord examiner les principaux arguments invoqués par les intimées à l’appui de leur thèse que le décret a

Order in Council granted a fee simple interest in the reserve lands.

The respondents argue that if the canal lands are considered to be “in the reserve” for the purposes of taxation jurisdiction under s. 83 of the *Indian Act*, then the canal lands would also be subject to the other law-making powers of the Band, allowing the Band to enact by-laws which would interfere with the administration and control of the canal.

In response to this argument, I would like to point out that the right of the Band to enact by-laws is not an unfettered one. The general by-law provision of the *Indian Act*, s. 81(1), reads:

81. (1) The council of a band may make by-laws not inconsistent with this Act or with any regulation made by the Governor in Council or the Minister, for any or all of the following purposes, namely, . . .

Since s. 35 of the *Indian Act* allows the Governor in Council to take interests in reserve land pursuant to a right of expropriation existing in a provincial or federal statute, if the Band were to enact a by-law incompatible with the interest created pursuant to s. 35, then the by-law would be inconsistent with s. 35 of the *Indian Act* and therefore prohibited by s. 81.

The Band’s exercise of some of the regulatory powers under s. 81(1) would be compatible with the canal use authorized by the prior exercise of the s. 35 authority (e.g. “the regulation of the conduct and activities of hawkers, peddlers or others who enter the reserve to buy, sell or otherwise deal in wares or merchandise” (s. 81(1)(n)) while other provisions may not be (e.g. regulations to govern the maintenance of watercourses, ditches and other public works (s. 81(1)(f)).

octroyé un intérêt en fief simple sur les terres de réserve visées.

Les intimées prétendent que si les terres formant le canal sont considérées comme « situé[e]s dans la réserve » pour l’exercice du pouvoir de taxation prévu à l’art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, ces terres seraient aussi assujetties aux autres pouvoirs de réglementation de la Bande, ce qui permettrait à celle-ci de prendre des règlements administratifs ayant une incidence sur la gestion et la maîtrise du canal.

En réponse à cet argument, j’aimerais souligner que le droit de la Bande de prendre des règlements administratifs n’est pas absolu. La disposition générale de la *Loi sur les Indiens* autorisant la prise de règlements est le par. 81(1), qui est ainsi rédigé :

81. (1) Le conseil d’une bande peut prendre des règlements administratifs, non incompatibles avec la présente loi ou avec un règlement pris par le gouverneur en conseil ou par le ministre, pour l’une ou l’ensemble des fins suivantes : . . .

Comme l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet au gouverneur en conseil de prendre des droits sur des terres de réserve en vertu d’un pouvoir d’expropriation prévu par une loi provinciale ou fédérale, si la bande prenait un règlement administratif incompatible avec le droit créé en application de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, ce règlement serait incompatible avec cet article et, de ce fait, interdit par l’art. 81.

L’exercice par la Bande de certains pouvoirs de réglementation prévus au par. 81(1) serait compatible avec l’usage du canal autorisé par l’exercice antérieur du pouvoir conféré par l’art. 35 (par exemple « la réglementation de la conduite et des opérations des marchands ambulants, colporteurs ou autres personnes qui pénètrent dans la réserve pour acheter ou vendre des produits ou marchandise, ou en faire un autre commerce » (al. 81(1)n)), alors que l’exercice d’autres pouvoirs pourrait ne pas l’être (par exemple la réglementation de l’entretien de cours d’eau, fossés et autres ouvrages locaux (al. 81(1)f)).

73

74

75

76

77

There are numerous other powers in the Act exercisable by the Minister or the Band in relation to reserve lands that would similarly be limited by reason of incompatibility with the prior exercise of the s. 35 power to permit canal purposes on the 56.09 acres. Under s. 19 for example, the Minister may determine the location and direct the construction of roads in a reserve. Section 19 should not be interpreted to authorize a road that interfered with the prior grant of an interest in land sufficient for canal use. Given the paucity of the factual record mentioned above, it is neither possible nor desirable to define the precise limits of the powers of governance exercised by the Minister or the Band in relation to that portion of the reserve set aside for canal use, or other privileges or immunities related to reserve lands. It is sufficient to say that the governing limitation is incompatibility with (or derogation from) the prior exercise of the s. 35 power to permit canal purposes on the lands in question. The Band's power to tax the canal property does not, as such, demonstrate any such incompatibility. Nor does the Band's exercise of its taxation power as set out in the record before us disclose, in this instance, any such incompatibility.

78

I also find the reasoning of Duff J. in *Burrard Power Co. v. The King* (1910), 43 S.C.R. 27, to be apposite in this case. In that case, the Province of British Columbia granted lands to the Dominion for the purpose of building a railway. The Province then purported to issue a water grant to the defendant power company which would interfere with the interest of the Dominion in the railway lands. Duff J. held that since the carrying out of the plan of the power company would involve the dismemberment of the proprietary rights of the Dominion, the water grant would *ipso jure* cease to apply to the railway lands (pp. 53-54). Similarly, if the Band enacted a by-law which interfered with the administration and control of the canal, such a by-law would interfere with the proprietary rights

La Loi prévoit de nombreux autres pouvoirs que peuvent exercer le ministre ou la Bande, selon le cas, relativement aux terres de la Réserve et qui seraient également restreints parce qu'incompatibles avec l'exercice antérieur du pouvoir prévu à l'art. 35 pour les besoins du canal sur les 56,09 acres. En vertu de l'art. 19, par exemple, le ministre peut décider de l'emplacement des routes dans une réserve et en prescrire la construction. Cet article ne doit pas être interprété comme ayant pour effet d'autoriser la construction d'une route portant atteinte à la concession antérieure d'un droit foncier suffisant pour les besoins du canal. Comme il a été mentionné précédemment, en raison du caractère tenu du dossier factuel, il n'est ni possible ni souhaitable de définir avec précision les limites des pouvoirs de régie exercés par le ministre ou la Bande à l'égard de la partie de la Réserve mise de côté pour les besoins du canal, ou des autres privilèges et immunités se rapportant aux terres de la Réserve. Qu'il suffise de dire que la principale restriction vise les mesures qui seraient incompatibles avec l'exercice antérieur du pouvoir prévu à l'art. 35 pour les besoins du canal sur les terres en question (ou le fait qu'une telle mesure constituerait une dérogation à cet égard). Le pouvoir de la Bande de taxer le canal ne constitue pas en soi une telle incompatibilité. Au vu du dossier dont nous disposons, l'exercice par la Bande de son pouvoir de taxation ne révèle pas non plus, dans la présente affaire, d'incompatibilité de ce genre.

De plus, j'estime que le raisonnement suivi par le juge Duff dans l'arrêt *Burrard Power Co. c. The King* (1910), 43 R.C.S. 27, est pertinent en l'espèce. Dans cette affaire, la province de la Colombie-Britannique avait concédé des terres au Dominion pour la construction d'un chemin de fer. La province a ensuite voulu accorder à la société hydroélectrique défenderesse une concession hydraulique qui aurait porté atteinte au droit du Dominion sur les terres formant le chemin de fer. Le juge Duff a estimé que, puisque la réalisation du projet de la société hydroélectrique entraînerait le démembrement des droits de propriété du Dominion, la concession hydraulique cesserait *ipso jure* de s'appliquer aux terres formant le chemin de fer (p. 53-54). De même, si la Bande prenait un règlement administratif entravant

of the interest-holder, and would *ipso jure*, cease to apply to the canal lands.

The respondents argue further that the words “[r]eserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same” in the Order in Council would not be necessary if the grant was merely an easement, and thus that these words indicate the grant of a fee simple interest. Although I acknowledge that this argument, taken by itself, is quite instructive, I agree with the finding of Lambert J.A. at the Court of Appeal that such a reservation had become a boiler plate provision in many Orders in Council under what is now s. 35 of the *Indian Act*, and thus that the reservation of mines and minerals is not conclusive with respect to the nature of the interest granted to the Province, and consequently, does not indicate a clear and plain intention to transfer a fee simple interest when one looks to other factors present in the case.

The respondents also point to the fact that the Province filed a Certificate of Indefeasible Title in 1961 to support their argument that the Province held a fee simple interest in the reserve lands. If the unilateral filing of a Certificate of Indefeasible Title four years after the occurrence of the transfer in question is indicative of anything, it indicates the intention of the Province in taking the interest. However, the only intention relevant to the inquiry is that of the grantor of the interest. Section 35 of the *Indian Act* gives the Governor in Council the absolute discretion to define the terms of the transfer, and thus the relevant inquiry is one of determining the intention of the Governor in Council, as evidenced by the Order in Council.

I conclude that the Order in Council is ambiguous. There are no clear words of exclusion or limitation that make plain the extent of the interest being transferred. Some phrases in the recitals suggest that a transfer of a fee simple is contemplated (“a portion of Osoyoos Indian Reserve number one”), while others suggest a more restricted interest (“for irrigation canal purposes”). Indeed, the phrase “a

la gestion et la maîtrise du canal, ce règlement porterait atteinte aux droits propriétaires du titulaire du droit et cesserait *ipso jure* de s’appliquer aux terres formant le canal.

Les intimées plaident en outre que les mots « [l]e tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter », qui figurent dans le décret, ne seraient pas nécessaires si une simple servitude avait été octroyée et, partant, que les mots en question indiquent qu’on a octroyé un intérêt en fief simple. Bien que je reconnaisse que cet argument est en soi fort instructif, je souscris toutefois à la conclusion du juge Lambert de la Cour d’appel selon laquelle une telle réserve était devenue une disposition type figurant dans bon nombre de décrets pris en vertu de ce qui est maintenant l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* et donc que la réserve relative aux mines et aux minéraux n’est pas concluante quant à la nature du droit concédé à la province et que, à la lumière des autres facteurs présents en l’espèce, elle ne dénote pas l’intention claire et nette de transférer un intérêt en fief simple.

Au soutien de leur argument que la province possède un intérêt en fief simple sur les terres de réserve visées en l’espèce, les intimées signalent également le fait que la province a déposé un certificat de titre incontestable en 1961. Si le dépôt unilatéral de ce certificat quatre ans après le transfert en question témoigne de quoique ce soit, c’est de l’intention de la province de prendre le droit en cause. Toutefois, la seule intention pertinente dans le cadre de l’analyse est celle du concédant du droit. Comme l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu d’établir les modalités du transfert, il faut donc dégager l’intention du gouverneur en conseil constatée par le décret.

J’estime que le décret est ambigu. Il ne contient aucune exclusion ou restriction indiquant clairement l’étendue du droit transféré. Certains passages du préambule du décret tendent à indiquer que la cession d’un fief simple est envisagée (une « portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos »), tandis que d’autres suggèrent la cession d’un droit plus restreint (« pour les

79

80

81

portion of Osoyoos Indian Reserve number one” is not necessarily indicative of a fee simple transfer. Given that the law views property as a bundle of rights, that the Order in Council grants “a portion” of the reserve is not inconsistent with the granting of an easement or a right to use the land “for irrigation canal purposes”. A right to use the land for a restricted purpose is part of the bundle of rights that make up the property interest in the reserve and so may be referred to as “a portion” of the reserve.

82

In its traditional sense, a “right of way” is a type of easement, and at common law the acquisition of a right of way does not give the holder a fee simple interest or the right to exclusive possession: E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992). However, as noted by Newbury J.A. in the Court of Appeal, in modern usage the term right of way does not always correspond to the common law concept and in some circumstances may refer to a right to the exclusive use and occupation of a corridor of land. I acknowledge that the term “rights-of-way” can have two meanings and that the degree of occupation will be governed by the document conceding the grant. However, it is not clear from the context in which it appears in the Order in Council whether the term “rights-of-way” necessarily refers to an easement as it is traditionally known, or some greater interest in a corridor of land.

83

The Description refers to three different rights of way: that occupied by the canal, that occupied by a road, and that occupied by a power transmission line. Only the power line right of way is clearly identified as a “prior Grant of Easement”, but that does not, by comparison, necessarily render the other two rights of way something other than an easement. The Order in Council is ambiguous as there are no words which conclusively indicate either an exclusive interest, or a more limited interest when considering all the relevant factors. Indeed, if anything, the words “for irrigation canal

besoins d’un canal d’irrigation »). En fait, l’expression une « portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos » n’indique pas nécessairement la cession d’un fief simple. Étant donné que, en droit, la propriété est considérée comme un faisceau de droits, le fait que le décret octroie une « portion » de la Réserve n’est pas incompatible avec l’octroi d’une servitude ou du droit d’utiliser les terres « pour les besoins d’un canal d’irrigation ». Le droit d’utiliser les terres à une fin donnée est un élément du faisceau de droits formant le droit de propriété relatif à la Réserve et il peut, de ce fait, être décrit comme étant une « portion » de la réserve.

Dans son sens traditionnel, un « droit de passage » est un type de servitude et, en common law, l’acquisition d’un droit de passage ne donne pas à son détenteur un intérêt en fief simple ni un droit à la possession exclusive des terres visées : E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992). Cependant, comme l’a souligné le juge Newbury de la Cour d’appel, l’utilisation moderne de l’expression « droit de passage » ne correspond pas toujours à cette notion en common law et, dans certains cas, elle peut s’entendre du droit d’utilisation et d’occupation exclusives d’une bande de terre. Je reconnais que l’expression « droits de passage » peut avoir deux sens et que le degré d’occupation sera régi par le document constatant l’octroi. Toutefois, le contexte dans lequel cette expression est utilisée dans le décret n’indique pas clairement si elle fait nécessairement référence à une servitude traditionnelle ou à un intérêt supérieur sur une bande de terre.

La Description fait état de trois droits de passage différents : le droit de passage servant au canal, le droit de passage servant à la route et le droit de passage servant à la ligne de haute tension. Seul le dernier est clairement décrit comme une « servitude existante », mais cela ne fait pas nécessairement par voie d’analogie des deux autres droits de passage autre chose qu’une servitude. Le décret est ambigu parce que, lorsqu’on examine tous les facteurs pertinents, aucun terme n’indique de façon concluante l’existence soit d’un droit exclusif soit d’un droit plus restreint. D’ailleurs les mots « pour les besoins

purposes” in the recitals colour the description that follows and operate as words of limitation.

In finding that the Order in Council removed the land from the reserve, the majority of the Court of Appeal relied in part on the fact that there was no indication that the Province was acquiring anything less than exclusive rights to the land. However, this approach is contrary to the clear and plain intention test for extinguishment. While express language is not strictly necessary, courts should not take away an aboriginal interest in land by implication unless clearly and plainly supported by context.

Turning to the operative words of transfer in this case, the Order in Council refers to the “taking” of the said lands and not merely the right to use the said lands. I agree with my colleague, Gonthier J., when he points out that the *Black’s Law Dictionary* (6th ed. 1990), meaning of “take” can include ownership (see para. 129). But, as my colleague acknowledges, it can also include interests less than ownership. This highlights that the word “take”, as used here, is ambiguous, in particular when one looks to all the other aspects of the Order in Council.

To elaborate further, the word “take” in relation to land does not necessarily refer to the acquisition of full title. Rather, *The Dictionary of Canadian Law* (2nd ed. 1995) defines “take lands” as including to “enter upon, take possession of, use and take lands for a limited time or otherwise or for a limited estate or interest”. Similarly, several courts including this one have acknowledged that a “taking” of land includes the acquisition of possession and other interests less than full title: see *The Queen in right of British Columbia v. Tener*, [1985] 1 S.C.R. 533, at p. 563; *Manitoba Fisheries Ltd. v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 101, at pp. 109-10, citing *Belfast Corp. v. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490 (H.L.), at p. 523; *Saskatchewan Land and Homestead Co. v. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193

d’un canal d’irrigation » figurant dans le préambule ont plutôt pour effet d’influer sur la Description qui suit et d’agir comme termes restrictifs.

Les juges majoritaires de la Cour d’appel ont conclu que le décret excluait de la Réserve les terres visées, en se fondant en partie sur le fait que rien n’indiquait que la province acquerrait un droit inférieur à des droits exclusifs sur les terres visées. Toutefois, cette approche est contraire au critère de l’intention claire et nette applicable en matière d’extinction. Bien que la présence de termes explicites ne soit pas strictement nécessaire, les tribunaux ne doivent pas retirer un droit foncier aux Autochtones par voie d’implication nécessaire, à moins que cette conclusion ne ressorte de façon claire et nette du contexte.

En ce qui concerne les mots clés du transfert effectué en l’espèce, le décret parle de la « prise » des terres visées, et non pas simplement du droit de les utiliser. Je souscris à l’opinion de mon collègue le juge Gonthier lorsqu’il souligne que le sens donné par le *Black’s Law Dictionary* (6^e éd. 1990), au mot « take » (prendre) peut inclure la propriété (voir le par. 129). Mais, comme le reconnaît mon collègue, ce mot peut aussi s’entendre d’un droit inférieur au droit de propriété. Ces constatations illustrent bien le fait que le mot « take », tel qu’il est utilisé en l’espèce, est ambigu, particulièrement si l’on prend en compte tous les autres aspects du décret.

En outre, lorsqu’il a trait à des terres, le mot « take » ne s’entend pas nécessairement de l’acquisition du titre de propriété absolu. Au contraire, *The Dictionary of Canadian Law* (2^e éd. 1995) définit ainsi l’expression « take lands » (prendre des terres) : [TRADUCTION] « pénétrer sur des terres, en prendre possession, les utiliser et les prendre pendant une durée limitée ou indéterminée ou pour constituer un domaine ou un droit limité ». De même, plusieurs tribunaux, dont notre Cour, ont reconnu que la « prise » de terres s’entendait notamment de l’acquisition de la possession et d’autres droits inférieurs au titre de propriété absolu : voir *La Reine du chef de la Colombie-Britannique c. Tener*, [1985] 1 R.C.S. 533, p. 563; *Manitoba Fisheries Ltd. c. La Reine*,

84

85

86

(Alta. S.C.), at p. 197, affirmed (1915), 51 S.C.R. 1; *Canada (Attorney General) v. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933.

[1979] 1 R.C.S. 101, p. 109-110, citant *Belfast Corp. c. O.D. Cars Ltd.*, [1960] A.C. 490 (H.L.), p. 523; *Saskatchewan Land and Homestead Co. c. Calgary and Edmonton Railway Co.* (1913), 14 D.L.R. 193 (C.S. Alb.), p. 197, confirmé par (1915), 51 R.C.S. 1; *Canada (Attorney General) c. Canadian Pacific Ltd.* (2000), 79 B.C.L.R. (3d) 62, 2000 BCSC 933.

87

The use of the term “land” is not determinative of the scope of the interest being conveyed because the legal definition of “land” includes “interests in land”. This is true of the definition found in legal dictionaries and virtually every statutory definition, federal or provincial, of the term “land”. Furthermore, the recitals state that the Minister “has applied for the lands hereinafter described” and that the Governor General in Council “is pleased hereby to consent to the taking of the said lands”. Thus, the recitals clearly refer to the Description as containing the details of the interest in land being transferred. In this connection, it is most significant that the Description uses the term “rights-of-way”, rather than referring to the metes and bounds of parcels of land.

L’utilisation du mot « terres » n’est pas déterminante quant à la portée du droit cédé puisque, d’après la définition juridique de ce mot, « terres » s’entend également des « droits sur celles-ci ». Il en est ainsi des définitions du mot « terres » figurant dans les dictionnaires juridiques et de virtuellement toutes les définitions de ce mot figurant dans les lois fédérales et provinciales. En outre, le préambule du décret précise que le ministre « a demandé [. . .] les terres décrites ci-après » et qu’« il plaît » au gouverneur général « de consentir à la prise de ces terres ». Par conséquent, le préambule renvoie clairement à la Description pour connaître le détail du droit foncier transféré. À cet égard, il est très important de souligner que, dans la Description, on utilise le terme « droits de passage » au lieu de décrire les limites des parcelles de terres.

88

Furthermore, the words “transfer the administration and control” in the Order in Council are not determinative of the nature of the interest acquired by the Province in this case. Administrative powers can be ancillary to an easement for irrigation purposes. This is not the language of a fee simple transfer. The transfer of administrative control from one emanation of the Crown to another is not an alienation: see *British Columbia (Attorney General) v. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), at p. 190; *Attorney General of Canada v. Western Higbie*, [1945] S.C.R. 385, at pp. 402-3. Moreover, the transfer of administrative control over reserve land from the federal to the provincial Crown does not *per se* remove the land from a reserve. Reserve land can be, and is in many cases, held by a province for the benefit of an Indian band.

De plus, les mots « céder la gestion et la maîtrise » figurant dans le décret ne sont pas déterminants pour ce qui est de la nature du droit acquis par la province en l’espèce. Des pouvoirs administratifs peuvent être accessoires à une servitude créée aux fins d’irrigation. Il ne s’agit pas de termes propres à la cession du fief simple. Le transfert de la maîtrise administrative par une émanation de la Couronne en faveur d’une autre ne constitue pas une aliénation : voir *British Columbia (Attorney General) c. Mount Currie Indian Band* (1991), 54 B.C.L.R. (2d) 156 (C.A.), p. 190; *Attorney General of Canada c. Western Higbie*, [1945] R.C.S. 385, p. 402-403. En outre, le transfert par la Couronne fédérale à la Couronne provinciale de la maîtrise administrative à l’égard de terres de réserve n’a pas en soi pour effet d’exclure ces terres de la réserve. Des terres de réserve peuvent être — et dans bien des cas sont — détenues par une province au profit d’une bande indienne.

To summarize, the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interest conveyed. It is consistent with the granting of either a fee simple, or a statutory easement for irrigation canal purposes. In light of such ambiguity, resort must be had to the interpretive principles applicable to questions dealing with Indian interests, and the interpretation which impairs the Indian interests as little as possible is to be preferred. Thus, the Order in Council should be read as granting a statutory easement to the Province.

VII. Conclusion

I conclude that the Order in Council is ambiguous as to the nature of the interest transferred. It does not evince a clear and plain intent to extinguish the Band's interest in the reserve land. An interpretation of the instrument as granting only an easement over or right to use the canal lands is both plausible and consistent with the policies of the *Indian Act* relating to taxation (s. 83(1)(a)) and expropriation (s. 35). This interpretation is consistent with the minimal impairment of the Band's interest in reserve land. Accordingly, I find that the Order in Council effected a grant of an easement over the land occupied by the canal and did not take away the whole of the Band's interest in the reserve. Therefore, the canal land is still "in the reserve" for the purposes of s. 83(1)(a).

I would allow the appeal, set aside the judgment of the British Columbia Court of Appeal, and substitute therefor an order declaring that the canal land is in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a). Since the appellant did not seek costs, I refrain from making an order for costs.

The reasons of L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major and Bastarache JJ. were delivered by

GONTHIER J. (dissenting) — The present appeal is concerned with the authority of the Osoyoos Indian Band to tax land within the perimeter of its original reserve on which an irrigation canal was

En résumé, le décret est ambigu quant à la nature du droit cédé. Il peut être considéré comme ayant pour effet d'octroyer soit le fief simple soit une servitude légale pour les besoins d'un canal d'irrigation. Vu cette ambiguïté, il faut recourir aux principes d'interprétation applicables aux questions relatives aux droits des Indiens et retenir l'interprétation qui porte le moins possible atteinte à ces droits. En conséquence, le décret doit être considéré comme ayant pour effet d'accorder une servitude légale à la province.

VII. Conclusion

Je conclus que le décret est ambigu quant à la nature du droit cédé. Le décret n'indique pas une intention claire et nette d'éteindre le droit de la Bande sur les terres de réserve visées. Le fait de considérer que ce document a seulement pour effet d'octroyer une servitude sur les terres formant le canal ou le droit de les utiliser est à la fois plausible et compatible avec les politiques prévues par la *Loi sur les Indiens* en matière de taxation (al. 83(1)a)) et d'expropriation (art. 35). Cette interprétation porte atteinte de façon minimale au droit de la Bande sur les terres de réserve visées. Par conséquent, j'estime que le décret a octroyé une servitude sur les terres occupées par le canal et qu'il n'a pas retiré à la Bande l'ensemble de son droit sur les terres de réserve visées. Les terres formant le canal sont donc toujours situées « dans la réserve » pour l'application de l'al. 83(1)a).

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et de lui substituer une ordonnance portant que les terres formant le canal sont situées dans la Réserve pour l'application de l'al. 83(1)a). L'appellante n'ayant pas réclamé les dépens, je m'abstiens de rendre une ordonnance à cet égard.

Version française des motifs des juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Major et Bastarache rendus par

LE JUGE GONTHIER (dissident) — Le présent pourvoi porte sur le pouvoir de la bande indienne d'Osoyoos de taxer des terres situées à l'intérieur du périmètre de sa réserve originale, et sur lesquel-

89

90

91

92

constructed and is now in operation. This land was the subject of an Order in Council which effected an expropriation of the land under the authority of s. 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, in favour of the Province of British Columbia.

I. Facts

93

The Province of British Columbia built an irrigation canal in 1925 on the Osoyoos Indian Reserve Number 1, the reserve of the appellant Osoyoos Indian Band. In 1957, the Governor in Council adopted Order in Council P.C. 1957-577 pursuant to s. 35 of the *Indian Act* with respect to these lands. The Order in Council provided as follows:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the *Indian Act*, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

DESCRIPTION

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and

les a été construit un canal d'irrigation qui est encore exploité aujourd'hui. Ces terres ont fait l'objet d'un décret d'expropriation en faveur de la province de la Colombie-Britannique, pris sous le régime de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149.

I. Les faits

En 1925, la province de la Colombie-Britannique a construit un canal d'irrigation dans la réserve indienne numéro 1 de l'appelante, la bande indienne d'Osoyoos. En 1957, conformément à l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le gouverneur en conseil a pris le décret C.P. 1957-577 relativement à ces terres. Le décret est ainsi rédigé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l'Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d'un canal d'irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l'évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d'Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

DESCRIPTION

L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré

eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

In 1961, the Province of British Columbia registered the land by way of Certificate of Indefeasible Title. At the time of this appeal, the land is used for irrigation purposes and the fee is vested in the Province. The respondent Town of Oliver continues to operate and maintain the canal.

In 1994, the appellant passed property assessment and taxation by-laws pursuant to s. 83 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5. In order to determine whether these apply to the lands in question, it brought this case, stated by the Osoyoos Indian Band Board of Review pursuant to s. 80(1) of the Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01. The Board sought the opinion of the court on two questions:

1. Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, "land or interests in land" in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws?

de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'exception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d'une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d'environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d'arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

En 1961, la province de la Colombie-Britannique a enregistré ce bien-fonds au moyen d'un certificat de titre incontestable. Le bien-fonds est présentement utilisé aux fins d'irrigation et le fief relatif à ce bien-fonds est dévolu à la province. La ville d'Oliver intimée continue d'exploiter et d'entretenir le canal.

En 1994, l'appelante a pris des règlements administratifs sur l'évaluation et l'imposition foncières en vertu de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5. Afin de déterminer si ces règlements s'appliquent aux terres en question, l'appelante a introduit la présente instance par voie d'exposé de cause établi par la Commission de révision de la bande indienne d'Osoyoos, conformément au par. 80(1) de l'Osoyoos Indian Band Property Assessment By-law P.R. 95-01. La Commission a sollicité l'opinion du tribunal sur deux questions :

[TRADUCTION]

1. Est-ce que les terres prises en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d'une bande au sens de l'al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d'évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation?

94

95

2. If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band?

96

The case, as stated, does not raise issues as to breaches of the Crown's fiduciary obligation, the validity and legitimacy of the Order in Council or the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*. There also is no evidence in this case of the existence of aboriginal title or treaty rights in the lands in question. Nor are any claimed. The case as stated — and this decision — do not therefore purport to address the effect of s. 35 of the *Indian Act* on reserve lands which are also subject to aboriginal title or treaty rights.

II. Relevant Statutory and Constitutional Provisions

97

Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149

2. (1) In this Act,

. . .

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

35. (1) Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

(2) Unless the Governor in Council otherwise directs, all matters relating to compulsory taking or using of lands in a reserve under subsection (1) shall be governed by the statute by which the powers are conferred.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, authority or corporation of

2. Si l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu'elles ne sont pas évaluables et imposables par la bande indienne d'Osoyoos?

Ainsi exposé, le dossier ne soulève pas de questions relativement à quelque manquement de la Couronne à son obligation de fiduciaire, à la validité et à la légitimité du décret ou à la constitutionnalité de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*. En l'espèce, il n'y a également aucun élément de preuve touchant à l'existence d'un titre aborigène ou de droits issus de traités visant les terres en question, ni aucune revendication à cet égard. L'exposé de cause et la présente décision ne portent donc pas sur l'effet de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sur les terres de réserve qui sont également visées par un titre aborigène ou des droits issus de traités.

II. Les dispositions législatives et constitutionnelles pertinentes

Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149

2. (1) Dans la présente loi, l'expression

. . .

o) « réserve » signifie une parcelle de terrain dont le titre juridique est attribué à Sa Majesté et qu'Elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande;

35. (1) Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les matières concernant la prise ou l'utilisation obligatoire de terres dans une réserve, aux termes du paragraphe (1), doivent être régies par la loi qui confère les pouvoirs.

(3) Lorsque le gouverneur en conseil a consenti à l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1) par

the powers referred to in subsection (1), the Governor in Council may, in lieu of the province, authority or corporation taking or using the lands without the consent of the owner, authorize a transfer or grant of such lands to the province, authority or corporation, subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council.

(4) Any amount that is agreed upon or awarded in respect of the compulsory taking or using of land under this section or that is paid for a transfer or grant of land pursuant to this section shall be paid to the Receiver General of Canada for the use and benefit of the band or for the use and benefit of any Indian who is entitled to compensation or payment as a result of the exercise of the powers referred to in subsection (1).

Indian Act, R.S.C. 1985, c. I-5

83. (1) Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361

21. (1) In this and the following three sections "land" includes any estate or interest in or easement over land.

(2) Every licensee shall have the right to expropriate any land reasonably required for the construction, maintenance, improvement, or operation of any works authorized under his licence, and the holder of any licence that authorizes the diversion of water for domestic purpose or waterworks purpose shall have the right to expropriate, in addition, any land the control of which by the licensee would help to prevent pollution of the water authorized to be diverted, and, with the consent of the Lieutenant-Governor in Council, the holder of any licence that authorizes the construction of a dam shall have the right to expropriate, in addition, any land that would be flooded if the dam were constructed and utilized to the maximum height authorized. The owner of land so expropriated shall be compensated therefor by the licensee, and the procedure to be followed in expropriating land and the method of determining the compensation shall be as prescribed in the regulations.

une province, autorité ou corporation, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la corporation prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou corporation, sous réserve des conditions prescrites par le gouverneur en conseil.

(4) Tout montant dont il est convenu ou qui est accordé à l'égard de la prise ou de l'utilisation obligatoire de terrains sous le régime du présent article ou qui est payé pour un transfert ou octroi de terre selon le présent article, doit être versé au receveur général du Canada à l'usage et au profit de la bande ou à l'usage et au profit de tout Indien qui a droit à l'indemnité ou au paiement du fait de l'exercice des pouvoirs mentionnés au paragraphe (1).

Loi sur les Indiens, L.R.C. 1985, ch. I-5

83. (1) Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserves des paragraphe (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361

[TRADUCTION]

21. (1) Dans le présent article et dans les trois suivants, le mot « terres » s'entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci.

(2) Les détenteurs de permis ont le droit d'exproprier les terres raisonnablement requises pour la construction, l'entretien, l'amélioration ou l'exploitation de tout ouvrage autorisé par leur permis, et le détenteur d'un permis autorisant la dérivation des eaux à des fins domestiques ou pour un réseau d'aqueduc a en outre le droit d'exproprier toute terre dont la maîtrise l'aiderait à empêcher la pollution des eaux qu'il est autorisé à dériver, et, avec le consentement du lieutenant gouverneur en conseil, le détenteur d'un permis autorisant la construction d'un barrage a également le droit d'exproprier toute terre qui serait inondée si le barrage était construit et utilisé à la hauteur maximale autorisée. Le propriétaire de la terre expropriée doit être indemnisé pour celle-ci par le détenteur du permis, auquel cas la procédure d'expropriation et la méthode de détermination de l'indemnité sont celles prescrites par règlement.

Constitution Act, 1982

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

III. Judgments

A. *British Columbia Supreme Court* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

98 Mackenzie J. noted that the Minister of Agriculture, who applied for the land for irrigation purposes, did not rely on s. 21 of the *Water Act* to expropriate formally. A formal expropriation would have been the first step that, together with the Governor in Council's consent, would have brought the expropriation under s. 35(1). Rather, the Governor in Council acted under s. 35(3) of the *Indian Act* in consenting to the Minister's application for the land.

99 Mackenzie J. concluded that s. 35(3) can remove lands from the reserve with the result that these are not taxable as land in the reserve under s. 83 of the *Indian Act*. He cited the Court of Appeal decision in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1996] 2 C.N.L.R. 222 (B.C.C.A.), as authority for the proposition that a fee simple is incompatible with lands remaining in the reserve.

100 Citing the principle of indivisibility of the Crown, he noted that the Order in Council need not be accompanied by a deed or other formal conveyance of title to the land. Mackenzie J. quoted, at para. 4, from Paul Lordon, Q.C., *Crown Law* (1991), at p. 283:

Her Majesty is the owner of the property whether in right of Canada or the province and cannot grant to Herself. Only administrative control of the property passes. The transfer is, therefore, made by reciprocal Orders in Council and is confirmed by statute where third party rights are involved.

Loi constitutionnelle de 1982

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

III. Les jugements

A. *Cour suprême de la Colombie-Britannique* (1997), 145 D.L.R. (4th) 552

Le juge Mackenzie a souligné que le ministre de l'Agriculture, qui a demandé les terres en question aux fins d'irrigation, n'a pas invoqué l'art. 21 de la *Water Act* afin de procéder officiellement à leur expropriation. Une expropriation officielle, à laquelle aurait consenti le ministre, aurait constitué la première étape du processus d'expropriation prévu au par. 35(1). Le gouverneur en conseil a plutôt consenti à la demande du ministre et a agi en vertu du par. 35(3) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Mackenzie a conclu que le par. 35(3) permet d'exclure des terres de la réserve de sorte que celles-ci ne seraient plus imposables en tant qu'immeubles situés dans la réserve au sens de l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*. Il a mentionné l'arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique *St. Mary's Indian Band c. Cranbrook (City)*, [1996] 2 C.N.L.R. 222, au soutien de la proposition qu'un transfert en fief simple est incompatible avec la possibilité que les terres continuent de faire partie de la réserve.

Invoquant le principe de l'indivisibilité de la Couronne, il a souligné que le décret n'avait pas à être accompagné d'un acte formaliste de transfert du titre sur le bien-fonds. Au paragraphe 4 de ses motifs, le juge Mackenzie a cité l'extrait suivant, tiré des p. 310 et 311 de l'ouvrage de Paul Lordon, c.r., *La Couronne en droit canadien* (1992) :

Que ce soit du chef du Canada ou de la province, Sa Majesté est le propriétaire du bien, qu'elle ne peut donc en théorie se transférer à elle-même. Le contrôle administratif du bien seulement est transféré. Le transfert est donc effectué par les décrets de chaque gouvernement, et il est confirmé dans un texte de loi si les droits de tiers sont en jeu.

With respect to whether in fact the Order in Council did effect the transfer of a fee, Mackenzie J. put a great deal of weight on the fact that there were no words of limitation in the Order in Council. No conditions were included in the Order, nor were there restrictions on the extent of the transfer of administration and control. In his view, the transfer in question was a transfer of administration and control unlimited in time equivalent to an absolute fee or a fee determinable on the lands ceasing to be used for irrigation purposes (as the land was still being so used he did not have to decide which it was). He concluded that while administration and control of the lands remained with the Province, the lands were not part of the reserve, and the appellant had no jurisdiction to tax them.

Mackenzie J. further examined whether the reservation of the mines and minerals in the Order in Council left a taxable interest with the Band. He concluded that, regardless of the taxable interest in the mines and minerals themselves, such a reservation could not support a taxable interest in the surface.

B. *British Columbia Court of Appeal* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Newbury J.A. for the Majority (Prowse J.A. Concurring)

Newbury J.A. disposed of the case on principles of statutory and documentary construction. She refused to consider the effect of aboriginal title in her analysis on the grounds that there was no evidence to indicate that aboriginal title subsisted in the particular lands in question. In other words, counsel for the Band did not attempt to prove occupancy by the Band of the land in question.

In understanding the nature of the Band's jurisdiction to tax, Newbury J.A. rejected the drawing of an analogy from an aboriginal band to a municipality. A municipality's right to tax land is dependent on the geographical location of the land within the boundaries of the municipality, regardless of

Quant à la question de savoir si le décret a eu pour effet de transférer un fief, le juge Mackenzie a attaché beaucoup d'importance au fait que le décret ne contenait pas de termes restrictifs. Il n'était assorti d'aucune condition et ne comportait pas de restriction quant à la portée du transfert de la gestion et de la maîtrise des terres en cause. De l'avis du juge, il s'agissait du transfert soit de la gestion et de la maîtrise des terres pendant une période indéterminée — situation équivalant à un fief absolu —, soit d'un fief résoluble lorsque les terrains cesseraient d'être utilisés aux fins d'irrigation (puisque les terres visées étaient toujours utilisées à ces fins, il n'a pas eu à qualifier le fief). Il a conclu que, tant que la gestion et la maîtrise des terres continuaient de relever de la province, les terrains ne faisaient pas partie de la réserve et l'appellante n'avait pas le pouvoir de les taxer.

Le juge Mackenzie s'est en outre demandé si la réserve relative aux mines et aux minéraux prévu par le décret laissait à la Bande un droit imposable. Il a conclu que, indépendamment du droit imposable découlant des mines et minéraux eux-mêmes, pareille réserve ne pouvait fonder l'existence d'un droit en surface imposable.

B. *Cour d'appel de la Colombie-Britannique* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589

1. Le juge Newbury, au nom de la majorité (avec l'appui du juge Prowse)

Madame le juge Newbury a statué sur l'affaire en se fondant sur les principes d'interprétation applicables aux textes législatifs et autres documents. Dans son analyse, elle a refusé d'examiner l'effet du titre aborigène pour le motif qu'aucun élément de preuve n'indiquait qu'un tel titre subsistait sur les terres en cause. En d'autres termes, l'avocat de la bande n'a pas tenté de prouver l'occupation des terres en question par la bande.

Pour définir la nature du pouvoir de taxation de la bande, le juge Newbury a rejeté l'analogie faite entre les bandes autochtones et les municipalités. Pour qu'une municipalité puisse exercer son droit d'imposer une taxe foncière, il faut que le bien-fonds visé soit situé à l'intérieur des limites de la

101

102

103

104

ownership or use. In contrast, the right to tax under the *Indian Act* is limited to land that meets the statutory definition of “reserve” land. Newbury J.A. concluded, at para. 87, that “reserve land that is expropriated and used for a *public* purpose is no longer land held for the benefit of a band but is land held for other purposes” (emphasis in original).

105 In interpreting s. 35 of the *Indian Act*, Newbury J.A. found that it did in fact incorporate statutory powers of expropriation of reserve land, which forced taking does not require the consent of the owner.

106 For the majority of the Court of Appeal, the critical issue to be resolved in this case was whether the “taking” effected by the Order in Council was such that the land was no longer land in the reserve. In deciding whether the Order in Council gave the Province only a right of way or something greater, Newbury J.A. recognized that special considerations apply where Indian reserve lands are concerned. She held, at para. 92, that as a rule of construction: “where ambiguous or unclear words are used in an instrument or enactment, the matter must be resolved in favour of the Indians as it is assumed the Crown would not breach its fiduciary duty”. She noted that this is consistent with the rule of construction in expropriation law that ambiguities be decided in favour of the owner of the land. In addition, a technical or formalistic approach is inappropriate to the adjudication of disputes relating to native land.

107 In interpreting the Order in Council, she found that the evidence indicates that the provincial Crown took more than a right of way in 1957. In 1961, the Province took the steps necessary to register indefeasible title to the subject lands in its own name. Further, the lands were leased to the respondent Town of Oliver, implying exclusive possession and

municipalité, peu importe l’identité du propriétaire du bien-fonds ou l’usage qui en est fait. À l’opposé, le droit de taxation prévu par la *Loi sur les Indiens* est limité aux terres qui répondent à la définition législative de terre de « réserve ». Le juge Newbury a conclu, au par. 87, qu’[TRADUCTION] « une terre de réserve qui est expropriée et utilisée à des fins d’intérêt *public* n’est plus détenue au profit de la bande mais constitue une terre détenue à d’autres fins » (en italique dans l’original).

Interprétant l’article 35 de la *Loi sur les Indiens*, le juge Newbury a conclu que celui-ci incorpore de fait des pouvoirs d’origine législative permettant l’expropriation de terres de réserve, et que de telles prises forcées ne requièrent pas le consentement du propriétaire.

Pour les juges majoritaires de la Cour d’appel, la question fondamentale à trancher en l’espèce était de savoir si, du fait de la « prise » effectuée au moyen du décret, les terres visées avaient cessé de faire partie de la réserve. Pour décider si le décret accordait à la province un droit de passage seulement ou un droit supérieur, Madame le juge Newbury a reconnu que des considérations particulières s’appliquent lorsque des terres de réserve sont concernées. Elle a énoncé la règle d’interprétation suivante, au par. 92 : [TRADUCTION] « les ambiguïtés ou imprécisions d’un acte instrumentaire ou d’un texte législatif doivent profiter aux Indiens, puisque la Couronne est présumée ne pas vouloir contrevenir à son obligation de fiduciaire ». Elle a souligné que cette règle est conforme à la règle d’interprétation en matière d’expropriation selon laquelle il faut résoudre les ambiguïtés en faveur du propriétaire du terrain. En outre, l’application d’une approche technique ou formaliste ne convient pas pour trancher les différends relatifs aux terres autochtones.

Interprétant le décret, elle a estimé que la preuve indiquait que, en 1957, la Couronne provinciale avait pris davantage qu’un droit de passage. En 1961, la province a fait les démarches nécessaires pour enregistrer à son nom un titre incontestable sur les terres concernées. De plus, ces terres ont été louées à la ville d’Oliver intimée, fait qui suggère la

occupation of the lands. In her view, if a right of way had been intended, a right to the “use” of the land rather than to “the land” itself would have been specified.

Newbury J.A. acknowledged, at para. 97, that under the heading “Description” the Order in Council refers to “the whole of those *rights-of-way*” but went on to find that the term “right-of-way” did not create ambiguity in the Order.

Newbury J.A. reviewed both aboriginal and non-aboriginal case law regarding easements and stated the question to be determined as follows, at para. 104: “does the Order in Council . . . grant rights that are consistent with exclusive use by the Province or does it simply grant some rights or benefits that ‘to some extent detract’ from continuing rights of the Band?” (*Shelf Holdings Ltd. v. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 193 (Alta. C.A.), leave to appeal denied, [1989] 1 S.C.R. xiv).

In answering this question, Newbury J.A. opined that the Order in Council granted “exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada ‘for the use and benefit of [the] Band’” (para. 105). Newbury J.A., in support of this conclusion, noted that the Order in Council referred to “the taking of the said lands”, not simply the right to use or pass over the lands; there was no indication that the Province acquired anything other than exclusive rights; and the Order in Council clearly stated that “administration and control” of the lands was to be transferred to the Province from the federal government.

In the result, Newbury J.A. stated, at para. 107:

In summary, I agree with the Chambers judge that the Order in Council of 1957 did not contemplate the expropriation of a mere right of way, but of “the lands” themselves, which were thereby removed from the reserve. I say this on a non-technical view of the wording used,

possession et l’occupation exclusives de ces terres. De l’avis du juge, si l’intention avait été de prendre un droit de passage, on aurait précisé qu’il s’agissait du droit « d’utiliser » les terres et non d’un droit « aux terres » elles-mêmes.

Au paragraphe 97 de ses motifs, le juge Newbury a reconnu que, sous le l’intertitre « Description » du décret, on fait mention de « l’ensemble des *droits de passage* », mais elle a poursuivi en concluant que le terme « droit de passage » ne créait pas d’ambiguïté dans le décret.

Madame le juge Newbury a examiné tant les affaires autochtones que non autochtones en matière de servitudes et elle a énoncé ainsi, au par. 104, la question à trancher : [TRADUCTION] « le décret [. . .] accorde-t-il des droits qui sont compatibles avec l’usage exclusif des terres par la province, ou accorde-t-il tout simplement certains droits ou avantages qui “réduisent dans une certaine mesure” les droits dont continue de jouir la bande? » (*Shelf Holdings Ltd. c. Husky Oil Operations Ltd.* (1989), 56 D.L.R. (4th) 193 (C.A. Alb.), autorisation de pourvoi refusée, [1989] 1 R.C.S. xiv).

Répondant à cette question, le juge Newbury a exprimé l’opinion que le décret a accordé [TRADUCTION] « des droits exclusifs de jouissance et de possession qui sont incompatibles avec la possibilité que les terres continuent d’être détenues par Sa Majesté du chef du Canada “à l’usage et au profit [de la] bande” » (par. 105). Au soutien de cette conclusion, le juge Newbury a fait remarquer que le décret faisait état de « la prise de ces terres » et non simplement du droit de les utiliser ou de passer sur celles-ci; rien n’indiquait que la province acquerrait autre chose que des droits exclusifs et le décret énonçait clairement que « la gestion et la maîtrise » des terres allaient être transférées du gouvernement fédéral à la province.

En conclusion, le juge Newbury écrit, au par. 107 :

[TRADUCTION] En résumé, à l’instar du juge en chambre, j’estime que le décret de 1957 ne visait pas l’expropriation d’un simple droit de passage dans la réserve, mais « les terres » elles-mêmes, qui ont de ce fait été soustraites de la réserve. Je fais cette affirmation

108

109

110

111

although the same conclusion is supported by the ordinary common law rules, reviewed above, applicable to rights of way and easements. In this case, there is no dichotomy, and the Order in Council is not ambiguous or ultimately unclear.

Newbury J.A. dismissed the appeal.

2. Lambert J.A., Dissenting

112 Lambert J.A. differed markedly from the majority in that he found that the case necessitated consideration of aboriginal title issues. He restated the first question, at para. 3:

The first question asks whether, after a taking of land in a reserve under s. 35 of the Indian Act, the aboriginal title of the Indians, at the very least, still remains in the hands of the Indians and whether, if so, the land taken is still land or an interest in land in the reserve so as to be amenable to taxation of land and improvements under s. 83 of the Indian Act. This first question is a question about the nature of aboriginal title. [Emphasis in original.]

113 Lambert J.A. asserted, essentially, that the Indian interest in reserve land is the same as aboriginal title (and thus subject to the same principles for extinguishment). He also advanced an alternative; he held that as a matter of fact, aboriginal title exists in reserves in British Columbia. As there was no evidence of this, he relied on judicial notice, in para. 35:

. . . it would be perverse in this case not to take judicial notice of the fact that Indian reserves in British Columbia were assigned in relation to intensive occupancy areas such as village sites and fishing grounds that had been occupied since before the assertion of British sovereignty. And, as a matter of law, Chief Justice Dickson said in *Guerin* that the Indian interest in reserve land is the interest constituted by aboriginal title.

114 In answering the first question, as he conceived of it, he applied to s. 35 the test for the extinguishment of aboriginal title and found that this section did not clearly and plainly extinguish title. In the result, he

à partir d'une interprétation non technique des termes utilisés, quoique la même conclusion trouve également appui dans les règles ordinaires de la common law, examinées précédemment, relativement aux droits de passage et aux servitudes. En l'espèce, il n'existe aucune dichotomie et le décret n'est pas ambigu ou, en dernière analyse, imprécis.

Le juge Newbury a rejeté l'appel.

2. Le juge Lambert, dissident

L'opinion du juge Lambert diffère nettement de celle de la majorité en ce qu'il a estimé que l'affaire nécessitait l'examen de questions touchant au titre aborigène. Il a reformulé ainsi la première question, au par. 3 :

[TRADUCTION] *La première question est de savoir si, à la suite de la prise d'une terre située dans une réserve en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens, le titre aborigène des Indiens, à tout le moins, demeure toujours entre les mains de ces derniers et, dans l'affirmative, si la terre ainsi prise demeure toujours un immeuble situé dans la réserve ou un droit sur celui-ci, de sorte que les terrains et les améliorations s'y trouvant peuvent être taxés en application de l'art. 83 de la Loi sur les Indiens. Cette première question porte donc sur la nature du titre aborigène. [En italique dans l'original.]*

Essentiellement, le juge Lambert a affirmé que le droit des Indiens sur des terres de réserve équivaut au titre aborigène (et est de ce fait sujet aux mêmes principes en matière d'extinction). Subsidiairement, il a dit que, dans les faits, le titre aborigène existe dans les réserves situées en Colombie-Britannique. Comme il n'y avait aucune preuve à cet égard, il a invoqué la connaissance d'office, au par. 35 :

[TRADUCTION] . . . il serait déraisonnable, en l'espèce, de ne pas prendre connaissance d'office du fait que les réserves indiennes situées en Colombie-Britannique ont été mises de côté aux endroits où existaient des zones d'occupation intensive telles que des villages et des lieux de pêche, qui étaient déjà occupées avant l'affirmation de la souveraineté britannique. De plus, sur le plan juridique, le juge en chef Dickson a dit dans l'arrêt *Guerin* que le droit des Indiens sur les terres de réserve est le droit constitué par le titre aborigène.

En répondant à la première question, telle qu'il la concevait, il a appliqué à l'art. 35 le critère applicable à l'extinction du titre aborigène et jugé que cet article n'avait pas pour effet d'éteindre le titre

concluded that aboriginal title remains in the land or interest in land taken. As the land in question is within the geographical boundaries of the reserve and is subject, in his opinion, to aboriginal title, it is land in the reserve for the purpose of taxation under s. 83.

Lambert J.A. noted that the second stated question assumes that s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of land from the reserve by expropriation. Proceeding on this assumption, Lambert J.A. held that the Order in Council transfers administration and control to the Province of the equivalent of a statutory easement and that it does not transfer an interest like a fee simple. Alternatively, he held that the Order in Council is ambiguous, and that the proper conclusion, based upon the principles of statutory interpretation relating to Indian land, the factual matrix in this case and the internal evidence from the Order in Council, was that the transfer of administration and control was sufficient only to confer all rights needed to operate and maintain the canal, yet leave the Band with its interest in the reserve land minimally impaired. The remaining interest would be sufficient to support land taxation powers of the Band. Thus he would have allowed the appeal.

IV. Analysis

This case is focussed on whether s. 35 of the *Indian Act* can exact the removal of land from a reserve. The context within which this issue is considered is the application of s. 83(1)(a), which grants bands jurisdiction to tax land within their reserves.

Section 83(1)(a) provides:

Without prejudice to the powers conferred by section 81, the council of a band may, subject to the approval of the Minister, make by-laws for any or all of the following purposes, namely,

(a) subject to subsections (2) and (3), taxation for local purposes of land, or interests in land, in the

de façon claire et nette. En conséquence, il a conclu que le titre aborigène subsiste à l'égard du bien-fonds ou droit sur celui-ci exproprié. Comme les terres en question sont situées à l'intérieur des limites physiques de la réserve et qu'elles sont, selon lui, visées par le titre aborigène, elles constituent un immeuble situé dans la réserve aux fins d'exercice du pouvoir de taxation prévu par l'art. 83.

Le juge Lambert a souligné que la deuxième question de l'exposé de cause postule que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permet que des terres soient exclues de la réserve par voie d'expropriation. Partant de ce postulat, le juge Lambert a conclu que le décret transfère à la province la gestion et la maîtrise de l'équivalent d'une servitude légale et non un droit tel que le fief simple. Subsidiairement, il a jugé que le décret est ambigu et qu'il convenait de conclure, à la lumière des principes d'interprétation législative relatifs aux terres indiennes, du contexte factuel de l'espèce et de la preuve découlant du décret, que le transfert de la gestion et de la maîtrise des terres visées a uniquement eu pour effet de conférer l'ensemble des droits nécessaires à l'exploitation et à l'entretien du canal, tout en ne portant qu'une atteinte minimale au droit de la bande sur les terres de réserve concernées. Le droit résiduaire est suffisant pour fonder l'exercice par la bande de ses pouvoirs de taxation foncière. En conséquence, le juge Lambert aurait accueilli l'appel.

IV. L'analyse

La présente affaire porte essentiellement sur la question de savoir si l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* peut avoir pour effet d'exclure des terres d'une réserve. Cette question se soulève dans le contexte de l'application de l'al. 83(1)(a), qui confère aux bandes indiennes le pouvoir de taxer les immeubles situés dans les réserves.

L'alinéa 83(1)(a) dispose :

Sans préjudice des pouvoirs que confère l'article 81, le conseil de la bande peut, sous réserve de l'approbation du ministre, prendre des règlements administratifs dans les domaines suivants :

a) sous réserve des paragraphes (2) et (3), l'imposition de taxes à des fins locales, sur les

115

116

117

reserve, including rights to occupy, possess or use land in the reserve;

immeubles situés dans la réserve, ainsi que sur les droits sur ceux-ci, et notamment sur les droits d'occupation, de possession et d'usage;

118 The question that must ultimately be answered in this case is whether, for the purposes of s. 83(1)(a), the land on which the irrigation canal is located is within the reserve so that the Osoyoos Indian Band can tax the land.

En dernière analyse, la question qui doit être tranchée en l'espèce est de savoir si, pour l'application l'al. 83(1)a), les terres sur lesquelles est situé le canal d'irrigation se trouvent dans la réserve et peuvent être taxées par la bande indienne d'Osoyoos.

119 It bears keeping in mind that the power to tax is important to the management of reserve territory. As Lamer C.J. put it in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [1995] 1 S.C.R. 3, at para. 18:

Il ne faut pas oublier que le pouvoir de taxation est important dans le cadre de la gestion du territoire de la réserve. Comme l'a dit le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [1995] 1 R.C.S. 3, par. 18 :

. . . it is important that we not lose sight of Parliament's objective in creating the new Indian taxation powers. The regime which came into force in 1988 is intended to facilitate the development of Aboriginal self-government by allowing bands to exercise the inherently governmental power of taxation on their reserves.

. . . il importe que nous ne perdions pas de vue l'objectif que visait le législateur fédéral lorsqu'il a investi les Indiens de leurs nouveaux pouvoirs de taxation. Le régime qui est entré en vigueur en 1988 est destiné à faciliter le développement de l'autonomie gouvernementale des autochtones en permettant aux bandes d'exercer sur leurs réserves le pouvoir proprement gouvernemental de taxation.

120 That said, the extent of an aboriginal band's power to tax cannot be understood by analogy to the taxation powers of other forms of government. A municipality, like an aboriginal band, has a statutory basis for its jurisdiction to tax. Under the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, c. 323, however, jurisdiction to tax is a function of the geographical boundaries of the municipality as specified by statute and is not a function of the municipality's having an interest in the land through, for example, ownership or use.

Cela dit, l'étendue des pouvoirs de taxation d'une bande autochtone ne peut être définie par analogie avec ceux des autres formes de gouvernement. Le pouvoir de taxation d'une municipalité, tout comme celui d'une bande autochtone, repose sur un fondement législatif. Cependant, en vertu de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 323, ce pouvoir est fonction des limites géographiques de la municipalité, précisées dans la loi, et non du fait que la municipalité détiendrait un droit sur les terres visées, par exemple parce qu'elle en serait propriétaire ou les utiliserait.

121 In contrast, the *Indian Act* creates a power to tax reserve lands which is limited to such lands that are within the reserve. What constitutes land that is within the reserve is determined wholly by reference to those provisions within the Act that set out when the land loses its statutory status as "reserve" land.

À l'opposé, la *Loi sur les Indiens* crée le pouvoir d'imposer une taxe sur les immeubles, pouvoir limité aux terres situées dans la réserve. La question de savoir en quoi consiste une terre située dans la réserve est entièrement déterminée en se reportant aux dispositions de la Loi qui précisent dans quels cas une terre perd sa qualité de terre de « réserve ».

122 This brings us to the first of the two stated questions in this case. Simply put, is a taking of a fee simple under s. 35, like an absolute surrender under

Cela nous ramène à la première des deux questions formulées en l'espèce. En résumé, est-ce que la prise d'un fief simple en vertu de l'art. 35 a pour

ss. 38 and 39, one way in which the interest in reserve land is brought to an end?

A. *Issue #1: Does Section 35 Effect the Extinguishment of Aboriginal Interest in Reserve Land?*

1. Introduction

It is clear, as I conclude below, that s. 35 allows for the expropriation of a fee. In my view, the conveyance of full ownership, whether by way of absolute surrender or by way of non-consensual taking (“expropriation”) under s. 35, strips the land in question of its statutory status as “reserve” land. It is less important to focus on the means (surrender or expropriation) by which full ownership to reserve land falls into the hands of a third party than to acknowledge the result. In an expropriation of a fee, as in a surrender for sale, the critical change is in how the land is held: a third party (neither the band nor the federal Crown for the band) has full ownership of the land.

2. Interpreting Section 35

(a) *Rules of Interpretation*

What rules and principles inform this Court’s interpretation of s. 35 of the *Indian Act*, given that aboriginal interest in reserve land is affected? In *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at pp. 142-43, La Forest J. provides guidance for the proper interpretation of the *Indian Act*:

I note at the outset that I do not take issue with the principle that treaties and statutes relating to Indians should be liberally construed and doubtful expressions resolved in favour of the Indians. . . .

Whereas a treaty is the product of bargaining between two contracting parties, statutes relating to Indians are an expression of the will of Parliament. Given this fact, I do not find it particularly helpful to engage in speculation as to how Indians may be taken to understand a given

effet, de la même manière qu’une cession à titre absolue fondée sur les art. 38 et 39, de mettre fin au droit des Indiens sur des terres de réserve?

A. *Question n° 1 : L’article 35 entraîne-t-il l’extinction du droit des Autochtones sur les terres de réserve visées?*

1. Introduction

Conformément à la conclusion que je tire plus loin, il est clair que l’art. 35 permet l’expropriation d’un fief. À mon avis, le transfert de la pleine propriété, que ce soit par voie de cession absolue ou de prise forcée (expropriation) fondée sur l’art. 35, enlève aux terres visées la qualité de terre de « réserve » que leur confère la loi. Il est moins important de s’attacher au moyen (cession ou expropriation) par lequel la pleine propriété de terres de réserve passe à un tiers de prendre acte du résultat qui en découle. Dans le cas de l’expropriation d’un fief, comme dans le cas d’une cession suivie d’une vente, le changement essentiel réside dans le mode de tenure des terres : un tiers (en l’occurrence ni la bande ni la Couronne fédérale au nom de la bande) détient la pleine propriété des terres en question.

2. Interprétation de l’art. 35

a) *Règles d’interprétation*

Quels sont les règles et les principes qui guident notre Cour dans l’interprétation de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, eu égard au fait que le droit des Autochtones sur les terres de réserve est concerné? Dans l’arrêt *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85, p. 142 et 143, le juge La Forest donne des indications sur la façon d’interpréter la *Loi sur les Indiens* :

Je souligne au départ que je ne conteste pas le principe que les traités et les lois visant les Indiens devraient recevoir une interprétation libérale et que toute ambiguïté devrait profiter aux Indiens . . .

Alors qu’un traité est le produit d’une négociation entre deux parties contractantes, les lois relatives aux Indiens sont l’expression de la volonté du Parlement. Cela étant, je ne crois pas qu’il soit particulièrement utile d’essayer de déterminer comment les Indiens peuvent comprendre

123

124

provision. Rather, I think the approach must be to read the Act concerned with a view to elucidating what it was that Parliament wished to effect in enacting the particular section in question. [Emphasis added.]

125 While it is clear that the intent of Parliament in enacting a given provision is central to the interpretation of the *Indian Act*, Parliament's intent should be construed as generously as the Act allows. This too was acknowledged by La Forest J. in *Mitchell*, *supra*, at p. 143:

This approach is not a jettisoning of the liberal interpretative method. As already stated, it is clear that in the interpretation of any statutory enactment dealing with Indians, and particularly the *Indian Act*, it is appropriate to interpret in a broad manner provisions that are aimed at maintaining Indian rights, and to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating them.

(b) *Interpretation of Section 35*

126 With this in mind, can the provisions of s. 35 of the *Indian Act* be interpreted so as to permit the removal of land from a reserve by the taking of full ownership? The short answer is yes. Such a taking, in effect, amounts to the non-consensual equivalent of absolute surrender (provided for in ss. 37-39 of the *Indian Act*).

127 There are two ways of expropriating under s. 35: s. 35(1), which extends general powers of expropriation to an aboriginal context; and s. 35(3), which is in fact a transfer or a grant by the federal government to one of the eligible bodies seeking to expropriate rather than, strictly speaking, an expropriation.

128 Section 35(1) incorporates general expropriation legislation, such as the *Water Act*. In other words, where existing legislation authorizes the Province to "take or to use" land without the consent of the owner, reserve land too can be taken or used without the Band's consent. The salient difference between expropriation authorized under s. 35(1) of the *Indian Act* and expropriation of non-aboriginal

une disposition particulière. Je pense que nous devons plutôt interpréter la loi visée en tentant de déterminer ce que le Parlement voulait réaliser en adoptant l'article en question. [Je souligne.]

Bien qu'il soit clair que l'intention qu'avait le législateur en édictant une disposition donnée constitue le point central de l'interprétation de la *Loi sur les Indiens*, cette intention doit être interprétée aussi généreusement que la Loi le permet. Le juge La Forest le reconnaît également dans l'arrêt *Mitchell*, précité, p. 143 :

Ce point de vue ne constitue pas un rejet de la méthode d'interprétation libérale. Comme je l'ai déjà dit, il est clair que dans l'interprétation d'une loi relative aux Indiens, et particulièrement de la *Loi sur les Indiens*, il convient d'interpréter de façon large les dispositions qui visent à maintenir les droits des Indiens et d'interpréter de façon restrictive les dispositions visant à les restreindre ou à les abroger.

b) *Interprétation de l'art. 35*

Compte tenu de ce qui précède, est-il possible de considérer que les dispositions de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* ont pour effet de permettre que des terres soient exclues de la réserve par leur prise en pleine propriété? En bref, la réponse est oui. Une telle prise est en fait l'équivalent forcé de la cession à titre absolu (prévue aux art. 37 à 39 de la *Loi sur les Indiens*).

L'article 35 prévoit deux modes d'expropriation : celui établi par le par. 35(1), qui étend au contexte autochtone les pouvoirs généraux en matière d'expropriation; et celui établi par le par. 35(3) et dont l'application donne lieu, dans les faits, au transfert ou à l'octroi par le gouvernement fédéral des terres visées à l'un des organismes autorisés à exproprier, plutôt qu'à l'expropriation, au sens strict, des terres en question.

Le paragraphe 35(1) incorpore les lois générales traitant d'expropriation, telle la *Water Act*. En d'autres termes, lorsque des dispositions législatives permettent à la province de « prendre ou d'utiliser » une terre sans le consentement de son propriétaire, il s'ensuit que des terres situées dans une réserve peuvent également être prises ou utilisées sans le consentement de la bande concernée. La

lands under such legislation is that the Governor General's consent is required where reserve lands are taken.

The parties debated whether the word "taking" refers unambiguously to the acquisition of a fee simple interest. "Take" is defined in *Black's Law Dictionary* (6th ed. 1990) as follows:

To lay hold of; to gain or receive into possession; to seize; to deprive one of the use or possession of; to assume ownership. Thus, constitutions generally provide that a person's property shall not be taken for public uses without just compensation. [Emphasis added.]

In my view, a restrictive interpretation of "take" as permitting the assumption of only a lesser interest in the land is contrary to the plain or ordinary meaning of the text of s. 35(1) of the *Indian Act*. Section 35(1) reads:

Where by an Act of the Parliament of Canada or a provincial legislature Her Majesty in right of a province, a municipal or local authority or a corporation is empowered to take or to use lands or any interest therein without the consent of the owner, the power may, with the consent of the Governor in Council and subject to any terms that may be prescribed by the Governor in Council, be exercised in relation to lands in a reserve or any interest therein.

On a plain and ordinary reading of s. 35(1), it imports the powers of expropriation that are granted in ordinary expropriation legislation; thus it allows the taking of no more than what the legislation permits in the non-Indian context. Thus, either a fee or a lesser interest may be "taken". In other words, s. 35(1) incorporates the limits in the provincial legislation as to the extent of the interest that can be acquired by the expropriating body. It is, of course, open to the Governor in Council to impose terms on the expropriation beyond the limitations found in the legislation, as it sees fit.

principale différence entre l'expropriation autorisée par le par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens* et l'expropriation de terres non autochtones fondée sur des dispositions législatives générales est que le consentement du gouverneur général est requis lorsque ce sont des terres de réserve qui sont prises.

Les parties ont débattu de la question de savoir si le mot « *taking* » (« prise ») s'entend de façon non équivoque de l'acquisition d'un intérêt en fief simple. Le *Black's Law Dictionary* (6^e éd. 1990) définit ainsi le mot « *take* » (« prendre ») :

[TRADUCTION] S'emparer de; acquérir ou recevoir la possession; saisir; priver qqn de l'usage ou de la possession de qqch.; s'approprier. Ainsi, les constitutions prévoient généralement que les biens d'une personne ne peuvent être pris à des fins d'intérêt public sans paiement d'une juste indemnité. [Je souligne.]

À mon avis, interpréter restrictivement le mot « prendre » de façon à ne permettre que la prise d'un droit inférieur sur une terre est contraire au sens ordinaire du texte du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, qui est ainsi rédigé :

Lorsque, par une loi du Parlement du Canada ou d'une législature provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une corporation, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il est loisible à ce dernier de prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent.

Si l'on fait du par. 35(1) une interprétation fondée sur le sens ordinaire des mots qui y sont utilisés, cette disposition importe les pouvoirs d'expropriation prévus par les lois ordinaires en la matière; il ne permet donc pas de prendre davantage que ce que permettent les lois en contexte non autochtone. Par conséquent, tant un fief qu'un droit inférieur peuvent être « pris ». Autrement dit, le par. 35(1) incorpore les limites prévues par les dispositions législatives provinciales quant à l'étendue du droit pouvant être acquis par l'organisme qui exproprie. Il va de soi qu'il est loisible au gouverneur en conseil d'assortir l'expropriation des conditions qu'il juge appropriées en sus des restrictions prévues par la loi.

129

130

131

132 In this case, the document that draws upon s. 35 to effect the taking of land previously in the reserve is the Order in Council of 1957. The language of the third paragraph closely mirrors that of s. 35(3). Its opening line indicates the Governor in Council, having given its consent to an act of expropriation by the Province, has chosen to grant outright the required tract of land:

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control

Thus, the subsection with which we are concerned in this case is s. 35(3), as Mackenzie J. found at the Supreme Court of British Columbia, rather than s. 35(1).

133 Section 35(3) is an alternate route to the expropriation of reserve land. Where the body obtained the Governor in Council's consent to exercise a given power of expropriation under s. 35(1), it is open to the federal government to convey the land sought subject to any terms it seeks to impose. Consent to a proposed taking under s. 35(1) thus stands as a condition precedent to land's being transferred under s. 35(3).

134 There are a few, salient differences between s. 35(1) and (3) that merit mentioning. First, a taking under s. 35(1) is subject to all of the procedural limits that are contained in the expropriation legislation of general application but a transfer under s. 35(3) is not. That is, s. 35(2) ("procedure"), which declares that the general expropriation legislation governs all matters relating to the expropriation under s. 35(1), does not apply to s. 35(3). Also, the extent of the power to be exercised in a forced taking under s. 35(1) is subject at least to those substantive limits found in the expropriation legislation. Again, s. 35(3) operates somewhat differently. Once the government, having consented to a s. 35(1) expropriation, chooses to proceed under s. 35(3), it is free

En l'espèce, c'est le décret de 1957 qui se fonde sur l'art. 35 pour réaliser la prise des terres autrefois situées dans la réserve. Le libellé du troisième paragraphe reflète étroitement celui du par. 35(3). Le passage suivant du décret indique que, ayant consenti à une mesure d'expropriation par la province, le gouverneur en conseil a choisi d'octroyer entièrement la parcelle de terrain requise :

[TRADUCTION]

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise . . .

En conséquence, ainsi qu'a conclu le juge Mackenzie de la Cour suprême de la Colombie-Britannique, c'est donc le par. 35(3) qui nous intéresse en l'espèce et non le par. 35(1).

Le paragraphe 35(3) est un autre moyen d'exproprier des terres de réserve. Lorsque l'organisme intéressé a obtenu le consentement du gouverneur en conseil pour exercer un pouvoir d'expropriation donné en vertu du par. 35(1), le gouvernement fédéral a la faculté de transférer les terres visées aux conditions qu'il juge bon d'imposer. Le consentement à la prise projetée en vertu du par. 35(1) est donc une condition préalable au transfert d'une terre sous le régime du par. 35(3).

Il existe, entre les par. 35(1) et (3), quelques différences importantes qui valent d'être mentionnées. Premièrement, une prise effectuée en vertu du par. 35(1) est assujettie à toutes les restrictions d'ordre procédural prévues par la loi d'expropriation d'application générale, alors qu'un transfert fondé sur le par. 35(3) ne l'est pas. Le paragraphe 35(2) (procédure), qui précise que toutes les questions relatives à une expropriation fondée sur le par. 35(1) sont régies par la loi d'application générale en matière d'expropriation, ne s'applique pas au par. 35(3). En outre, la portée du pouvoir exercé lors d'une prise forcée effectuée sous le régime du par. 35(1) est sujette à tout le moins aux restrictions d'ordre substantiel prévus par

to transfer full ownership. It is for the government to decide, governed by its fiduciary obligations, the appropriate limits to the amount of land and the nature of the interest in land that it is transferring.

Without detailing the content of the Crown's fiduciary obligation, which will vary with the facts, it is fair to assume that the legislation that would guide a s. 35(1) expropriation might inform the extent of the interest and the tract of land that the government ought to transfer in keeping with its fiduciary obligation. In this respect, I agree with my colleague Iacobucci J.'s views expressed under the heading "The Content of the Crown's Fiduciary Duty in the Context of Section 35", though in this case, I cannot agree that the Crown's fiduciary obligation regarding its adoption of the Order in Council included a duty to protect an Indian interest in expropriated land sufficient to preserve the Band's taxation jurisdiction. The Band had no taxation jurisdiction to preserve in 1957, when the Order in Council was adopted. (The power to tax real property came into effect with the passage of what became s. 83 of the *Indian Act*, R.S.C. 1985, c. I-5, which allowed a band a limited power to tax contingent on a declaration by the Governor in Council that the "band has reached an advanced stage of development". It was not until the 1988 amendment to s. 83 (S.C. 1988, c. 23, s. 10) that all bands were given the broad jurisdiction to tax as exercised by the Band.)

In this case, the statute that would have governed in a parallel, non-aboriginal context is the *Water Act*. Section 21(2) of this Act authorized the taking of only that land that is "reasonably required". This limit on what could be expropriated does not apply just to how much land can be taken, but also to the nature of the interest in land that can be had. This is made abundantly clear by s. 21(1), which states

la loi d'expropriation. Ici encore, le par. 35(3) fonctionne de façon quelque peu différente. Une fois que, après avoir consenti à une expropriation fondée sur le par. 35(1), le gouvernement choisit de procéder en vertu du par. 35(3), il lui est loisible de transférer la pleine propriété. Il lui appartient alors, conformément à ses obligations de fiduciaire, de décider de la superficie qu'il convient de transférer et de la nature du droit foncier qu'il transfère.

Sans préciser le contenu de l'obligation de fiduciaire de la Couronne, qui varie en fonction des faits, on peut raisonnablement penser que la loi encadrant une expropriation effectuée en vertu du par. 35(1) aiderait à déterminer l'étendue du droit et de la parcelle de terre que le gouvernement devrait transférer eu égard à son obligation de fiduciaire. À ce sujet, je souscris au point de vue exprimé par mon collègue le juge Iacobucci, sous la rubrique « Le contenu de l'obligation fiduciaire de la Couronne dans le contexte de l'art. 35 », quoiqu'en l'espèce je ne saurais admettre que l'obligation de fiduciaire de la Couronne, relativement au décret, emportait celle de conserver en faveur des Indiens un droit suffisant sur les terres expropriées afin de préserver le pouvoir de taxation de la bande. La bande n'avait aucun pouvoir de taxation à préserver en 1957, lors de la prise du décret. (Le pouvoir de lever une taxe foncière n'existe que depuis l'édiction de la disposition devenue l'art. 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1985, ch. I-5, aux termes de laquelle une bande pouvait disposer d'un pouvoir de taxation limité, si le gouverneur en conseil déclarait que « la bande a[va]it atteint un haut degré d'avancement ». Ce n'est qu'après la modification apportée à l'art. 83 en 1988 (L.C. 1988, ch. 23, art. 10) que toutes les bandes ont obtenu le large pouvoir de taxation qu'a exercé la bande concernée en l'espèce.)

Dans la présente affaire, la loi qui aurait été applicable, dans un contexte non autochtone analogue, est la *Water Act*. Le paragraphe 21(2) de cette loi n'autorise que la prise des terres qui sont « raisonnablement requises ». Cette limite touchant ce qui peut être exproprié s'applique non seulement à la superficie qui peut être prise, mais également à la nature du droit pouvant être acquis. Cette cons-

135

136

that: “In this [s. 21] and the following three sections ‘land’ includes any estate or interest in or easement over land”. Clearly, then, it is to be understood that s. 21 does not authorize taking a fee (simple or determinable) when a right of way over the surface will do. That said, it is equally plain that s. 21 does authorize the taking of a fee simple when that is reasonably required.

3. The Analogy Between Absolute Surrender and Expropriation

137 Given that s. 35 clearly authorizes the taking of a fee, what is the effect of such an expropriation on the Band’s interest in the lands taken? The effect of expropriation of a fee under s. 35 is analogous to the effect of absolute surrender. This Court has stated unequivocally that, when a band surrenders reserve land absolutely, its interest in the reserve ceases to exist.

138 In my opinion, nothing turns on the distinction between absolute surrender by consensual sale and a non-consensual expropriation of a fee simple insofar as we are concerned with the continuation of the Band’s reserve interest in the land. This conclusion follows closely the reasoning of this Court in past cases where it has indicated that the effect of expropriation can be to remove the reserve land from the reserve. In *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, at para. 86, for example, McLachlin J. (as she then was), dissenting, stated:

The only other way Indian interests in reserve land can be permanently disposed of under the *Indian Act* is by expropriation. Where the greater public good so requires, interests in reserve land may be expropriated: s. 35.

139 Major J. for the majority in the same case, also observed that s. 35 has very much the same effect

tation ressort de façon très claire du par. 21(1), qui précise que, [TRADUCTION] « [d]ans le présent article et dans les trois suivants, le mot “terres” s’entend également des domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs à celles-ci ». De toute évidence, donc, il faut en déduire que l’art. 21 ne permet pas la prise d’un fief (simple ou résoluble) lorsqu’un droit de passage en surface suffit. Cela dit, il est également clair que l’art. 21 autorise la prise d’un fief simple lorsqu’une telle mesure est raisonnablement requise.

3. L’analogie entre la cession à titre absolu et l’expropriation

Étant donné que l’art. 35 autorise clairement la prise d’un fief, quel est l’effet d’une telle expropriation sur le droit de la bande sur les terres prises? L’effet de l’expropriation d’un fief effectuée en vertu de l’art. 35 est analogue à celui d’une cession à titre absolu. Notre Cour a déclaré sans équivoque que, lorsqu’une bande cède à titre absolu des terres de réserve, son droit sur ces terres cesse d’exister.

À mon avis, la distinction entre une cession à titre absolu par voie de vente consensuelle et l’expropriation forcée d’un fief simple n’est pas pertinente dans la mesure où la question qui nous occupe est celle du maintien du droit de la bande sur les terres de réserve visées. Cette conclusion respecte rigoureusement le raisonnement suivi par notre Cour dans des décisions antérieures, où elle a indiqué que l’expropriation pouvait avoir pour effet d’exclure de la réserve des terres en faisant partie. Dans l’arrêt *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, par. 86, par exemple, le juge McLachlin (maintenant Juge en chef), dissidente, a dit ceci :

L’expropriation est le seul mécanisme par lequel les droits des Indiens dans les terres des réserves peuvent faire l’objet d’une disposition permanente en vertu de la *Loi sur les Indiens*. Lorsque l’intérêt supérieur du public l’exige, il peut y avoir expropriation de droits dans les terres des réserves : art. 35.

Dans cet arrêt, le juge Major, s’exprimant pour la majorité, a lui aussi noté que l’art. 35 a

on aboriginal interest in reserve lands as the absolute surrender provisions (at para. 42):

Section 38 provides that “any right or interest of the band and its members” in a reserve may be surrendered, obviously in reference to s. 37. The bundle of rights which may be surrendered is “any right or interest” in a reserve. Section 35, the expropriation power, specifies that the right to expropriate may similarly be exercised “in relation to lands in a reserve or any interest therein”. [Emphasis added.]

A similar understanding of the expropriation provision is found in *Smith v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 554, at p. 577, where Estey J., for the Court, stated:

It is interesting to note that in s. 35 provision is made for the expropriation of the Indian interest by either level of government with the proceeds received therefrom being held by the Receiver General of Canada for the benefit of the Indians whose possessory title has been removed. [Emphasis added.]

According to the intervener the Attorney General of Canada, the fundamental difference between expropriation and surrender is that “a surrender requires the consent of the Indian band whose reserve land is being surrendered, while s. 35 has no statutory requirement for band consent to a disposition of the Indian interest in reserve lands” (factum, at para. 55). This distinction has led the appellant to conclude that surrender authorizes the removal of reserve status while expropriation does not.

I do not find this argument compelling. Given that Parliament has chosen to allow for the application of expropriation legislation to Indian reserves, it would simply be to undo this decision were the Band’s consent required; expropriation, by definition, is the forced taking of land without the consent of the owner (or in this case the person for whose benefit the land is held). In the absence of some constitutional challenge to the terms of s. 35 of the *Indian Act* (and it bears emphasizing that no such challenge is made here), the absence of pro-

pratiquement le même effet sur les droits des Autochtones sur les terres des réserves que les dispositions portant sur les cessions à titre absolu (au par. 42) :

Aux termes de l’art. 38, « tout droit ou intérêt de la bande et de ses membres » dans une réserve peut être abandonné, ce qui renvoie de toute évidence à l’art. 37. L’ensemble de droits qui peuvent être cédés est tout « droit ou intérêt » dans une réserve. L’article 35, qui établit le pouvoir d’expropriation, précise que le droit d’exproprier peut être exercé de façon analogue « relativement aux terres dans une réserve ou à tout intérêt y afférent ». [Je souligne.]

On trouve une interprétation semblable de la disposition relative à l’expropriation dans l’arrêt *Smith c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 554, p. 577, où le juge Estey, s’exprimant pour la Cour, a dit ce qui suit :

Il est à noter que l’art. 35 prévoit qu’en cas d’expropriation du droit des Indiens par l’un ou l’autre palier de gouvernement, le montant de l’indemnité accordée à cet égard sera détenu par le receveur général du Canada au profit des Indiens qui sont ainsi privés de leur droit à la possession. [Je souligne.]

Selon le procureur général du Canada intervenant, la différence fondamentale entre l’expropriation et la cession est que [TRADUCTION] « la cession requiert le consentement de la bande indienne dont des terres de réserve sont cédées, alors que, sous le régime de l’art. 35, la loi n’exige pas que la bande consente à la l’aliénation du droit des Indiens sur les terres de réserve visées » (mémoire, par. 55). Cette distinction a conduit l’appelante à conclure que la cession permet de retirer aux terres visées leur qualité de réserve, alors que l’expropriation ne le permet pas.

J’estime que cet argument n’est pas convaincant. Étant donné que le Parlement a choisi de permettre l’application aux réserves indiennes des lois relatives à l’expropriation, le fait d’exiger qu’on obtienne le consentement de la bande viendrait tout simplement annuler l’effet de cette décision; par définition, l’expropriation est la prise forcée d’un bien-fonds sans le consentement de son propriétaire (ou, en l’espèce, de la personne au profit de laquelle ce bien-fonds est détenu). En l’absence de contestation constitutionnelle du texte de l’art. 35 de la *Loi*

140

141

142

vision for the Band's consent to an expropriation does not speak to the effect of the expropriation on the Band's interest.

4. The Effect of Expropriation/Surrender

143

The effect of expropriation of a fee or of an absolute surrender is that the land so dealt with ceases to be within the reserve. As Lamer C.J. noted in *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657, at para. 28, the Kamloops Amendments (S.C. 1988, c. 23) were intended to ensure that “land surrendered for sale (or other means similar to sale) remain beyond the definition of reserve” (first emphasis in original; second emphasis added). In *Musqueam Indian Band v. Glass*, [2000] 2 S.C.R. 633, 2000 SCC 52, at para. 16, McLachlin C.J. (dissenting but not on this point) stated that: “Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land”. I stated, for the majority, at para. 35: “A freehold value for the Musqueam lands must be hypothetical because there is no such thing as freehold title on a reserve”. In other words, the very notion that land that might initially have been on the reserve is now held in fee (other than by the federal Crown for the use and benefit of the Band) is incompatible with the land's being “in the reserve”.

144

It ought to be noted that the effect of an expropriation of a fee under s. 35(1) or 35(3) is not necessarily different because the fee, in traditional common law parlance, is “determinable”. In the absence of a term or condition specifying a reversionary interest in favour of the Band, it could be, and was in this case, argued that the expropriation under s. 35 for a public purpose contains the implicit condition that it be returned where it ceases to serve a public purpose. On considering both the analogy between surrender and expropriation and

sur les Indiens (il est à souligner qu'aucune contestation de la sorte n'est présentée en l'espèce), l'absence de disposition exigeant le consentement de la bande en cas d'expropriation ne révèle rien quant à l'effet de l'expropriation sur le droit de la bande sur les terres expropriées.

4. L'effet de l'expropriation ou de la cession

Par suite de l'expropriation d'un fief ou d'une cession à titre absolu, les terres visées cessent de faire partie de la réserve. Comme l'a souligné le juge en chef Lamer dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657, par. 28, les modifications de Kamloops (L.C. 1988, ch. 23) avaient pour but d'assurer que « les terres cédées pour être vendues (ou à des fins similaires à la vente) continuent d'être exclues de la définition de réserve » (premier soulignement dans l'original, deuxième soulignement ajouté). Dans l'arrêt *Bande indienne de Musqueam c. Glass*, [2000] 2 R.C.S. 633, 2000 CSC 52, par. 16, le juge en chef McLachlin (dissidente, mais pas sur ce point) a dit qu'« [u]ne fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférait le fait d'être situé dans une réserve ». Au nom des juges majoritaires, j'ai moi aussi fait observer, au par. 35, que « [l]a valeur en tant que propriété franche des terrains de Musqueam ne peut être qu'une valeur hypothétique, puisque le titre franc n'existe pas dans une réserve ». Autrement dit, l'idée même qu'une terre qui a pu à l'origine être dans la réserve soit maintenant détenue en fief (autrement que par la Couronne fédérale pour l'usage et pour le profit de la bande) est incompatible avec l'idée que la terre soit située « dans la réserve ».

Il convient de souligner que l'effet de l'expropriation d'un fief sous le régime du par. 35(1) ou 35(3) n'est pas nécessairement différent parce que ce fief serait, selon l'expression traditionnelle de la common law, « résoluble ». En l'absence de condition établissant un intérêt réversif en faveur de la bande, on pourrait prétendre — ce qu'on a d'ailleurs fait en l'espèce — qu'une expropriation effectuée en vertu de l'art. 35 pour cause d'utilité publique comporte implicitement la condition que l'intérêt soit remis

the general law of expropriation, I reject this argument.

In *St. Mary's Indian Band, supra*, the surrender of land for an airport specified as a condition that the land be returned when it is no longer being used for a public purpose. The Court refused to acknowledge that such a condition belied the absolute nature of the surrender, at pp. 669-70:

I do not find that the “cease[d] to be used for public purposes” stipulation frustrates this conclusion. In other words, I am not persuaded by the appellants’ position that the mere fact that the band included a rider in its surrender necessarily means that the surrender was other than absolute. “Absolute” and “conditional” are not mutually exclusive terms — either conceptually or under the scheme of the *Indian Act*. Indeed a key element of both the 1952 and 1988 versions of the *Indian Act* is that they expressly provide that a surrender can be both absolute and conditional. Section 38(2) of the 1952 *Indian Act* provided:

38. . . .

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

Section 38(1) of the 1985 *Indian Act* similarly states:

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

Not only does this show that my interpretation of the airport lands surrender has been long contemplated in the *Indian Act*, but it also suggests, with respect, that Spencer J. was wrong to resort to a dictionary in order to distinguish between an absolute and a qualified surrender. For Spencer J. to have concluded that an absolute surrender is one without limits is to deny the *Indian Act* reality that there can be conditions to an absolute surrender. [Emphasis added.]

à la bande lorsqu’il cesse d’être requis pour la fin en question. Compte tenu de l’analogie entre la cession et l’expropriation, ainsi que du droit général en matière d’expropriation, je rejette cet argument.

Dans l’affaire *Bande indienne de St. Mary’s*, précitée, l’acte portant cession des terres pour les besoins d’un aéroport était assorti de la condition expresse que les terres retournent à la bande lorsqu’elles cesseraient d’être utilisées à des fins d’utilité publique. La Cour a refusé de reconnaître qu’une telle condition était incompatible avec le caractère absolu de la cession, aux p. 669-670 :

À mon sens, la stipulation prévoyant le cas où les terres « cessent d’être utilisées à des fins d’utilité publique » ne fait pas échec à cette conclusion. En d’autres mots, la thèse des appelants ne me convainc pas que la simple adjonction par la bande de cette stipulation dans l’acte de cession veut forcément dire que la cession n’était pas absolue. Les mots « absolu » et « conditionnel » ne sont pas incompatibles, ni sur le plan des concepts ni sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. En effet, un élément clé des versions de 1952 et de 1988 de la *Loi sur les Indiens* est qu’elles disposent expressément qu’une cession peut être à la fois absolue et assortie de conditions. Le paragraphe 38(2) de la *Loi sur les Indiens* de 1952 était ainsi rédigé :

38. . . .

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

De même, le par. 38(1) de la *Loi sur les Indiens* de 1985 dispose :

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

Ces dispositions montrent non seulement que mon interprétation de la cession des terrains aéroportuaires est depuis longtemps envisagée dans la *Loi sur les Indiens*, mais aussi, en toute déférence, que le juge Spencer a eu tort de recourir à un dictionnaire pour établir une distinction entre une cession absolue et une cession restreinte. En concluant qu’une cession absolue est une cession qui ne comporte aucune restriction, le juge Spencer nie la réalité exprimée dans la *Loi sur les Indiens*, savoir qu’une cession à titre absolu peut être assortie de conditions. [Je souligne.]

146

Thus in *St. Mary's Indian Band* the Court found that the explicit inclusion of a "reverter", namely that the land would revert on its no longer being used for public purposes, did not make the surrender less than absolute. The way in which the expropriation of a fee operates similarly to extinguish reserve interest encourages an analogous conclusion in the context of expropriation of a fee determinable. Given in this case that there are not any explicit conditions attached to the expropriation and that there is at best an implicit condition grounded in the possible impermanence of the public purpose motivating the expropriation, there is even less reason here to find that a reserve interest survives the expropriation.

147

In rejecting the "public purpose" limitation to a s. 35 expropriation, I think it is worth mentioning that it would be entirely alien to the general law of expropriation to interpret the taking of a fee as inherently determinable on account of the possibility of its initial purpose being exhausted. The intervener Squamish Indian Band appears to base its finding of such an implied condition on practical considerations. It argues that it would be unjust and wasteful were an expropriating body able to take land for a certain purpose, which land it then abandons on the completion of the purpose. That technological and social advances might render public works obsolete has been recognized by this Court before. For example in *Opetchesaht Indian Band*, *supra*, at para. 27, Major J. noted that:

While all are speculative, there is the possibility that the generating station at Sproat Falls might be abandoned, that demographic changes in the area might affect the location, size and requirement of the transmission poles. More remote is the possibility of electricity being replaced by another energy source. It is obvious that technology has affected the way we live in ways that were earlier unimaginable. The example of the Canadian experience with the railways is apposite. Even 50 years ago, this country's railroads appeared to be a permanent fact of Canadian travel and transportation. Today, we

Ainsi, dans l'arrêt *Bande indienne de St. Mary's*, notre Cour a jugé que l'inclusion explicite d'une « stipulation » précisant que les terres retourneraient à la bande si elles cessaient d'être utilisées à des fins d'utilité publique n'avait pas fait de la cession une cession autre qu'à titre absolu. Le fait que l'expropriation d'un fief a également pour effet d'éteindre le droit de la bande sur les terres de réserve visées incite à tirer la même conclusion dans le contexte de l'expropriation d'un fief résoluble. Comme, en l'espèce, l'expropriation n'est assortie d'aucune condition explicite et qu'il existe tout au plus une condition implicite fondée sur la possible impermanence de la fin d'utilité publique ayant motivé l'expropriation, il y a encore moins de raisons en l'occurrence de conclure qu'un droit sur les terres de réserve visées a survécu à l'expropriation.

En rejetant l'idée qu'une expropriation effectuée en vertu de l'art. 35 soit assortie d'une réserve la subordonnant au maintien de la « fin d'utilité publique », il convient à mon avis de souligner qu'il serait totalement contraire au droit général de l'expropriation de considérer que la prise d'un fief est intrinsèquement résoluble compte tenu de la possibilité que sa raison d'être cesse d'exister. La bande indienne de Squamish intervenante semble conclure à l'existence d'une pareille condition implicite en se basant sur des considérations d'ordre pratique. Elle soutient qu'il serait injuste et inutile que l'organisme qui exproprie puisse prendre des terres pour une fin donnée puis l'abandonner une fois cette fin réalisée. Notre Cour a déjà reconnu que les progrès technologiques et sociaux peuvent entraîner l'obsolescence d'ouvrages publics. Par exemple, dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht*, précité, par. 27, le juge Major a noté :

Même si ce sont toutes des situations hypothétiques, mentionnons que la centrale électrique de Sproat Falls pourrait être abandonnée, que des changements démographiques pourraient survenir dans la région et entraîner la modification de l'emplacement, de la taille et de la nécessité des pylônes. Autre possibilité, plus vague encore, l'électricité pourrait être remplacée par une autre source d'énergie. Il est évident que les progrès technologiques ont changé la façon dont nous vivons, et ce d'une manière qui était inimaginable dans le passé. L'exemple du chemin de fer au Canada est tout particulièrement

have seen many railway lines abandoned in favour of airlines and highways.

While this is all very true, it in no way follows that the land is wasted after its initial term of public use is up. It is open to the government to use the land for a different public purpose or for it to set aside the land once again for the use and benefit of the band from which it was taken. It is quite clear, however, that the *Indian Act*, as it stands now, does not impose an obligation to return the land or to take it only subject to a reversionary interest for the benefit of the band. Whether the Governor in Council is under a fiduciary obligation to set a condition of return as a term of its expropriation under s. 35 is simply not before the Court here.

The general law of expropriation is itself entirely a creature of statute: see *Rugby Joint Water Board v. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202 (H.L.), and E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2nd ed. 1992), at p. 27. In Todd's book at p. 29, he notes that "a power of expropriation conferred for a particular purpose ceases to exist upon the completion of that purpose". This in no way lends support to the notion that a reversionary interest ought to accompany every expropriation for a public purpose where the public work is not guaranteed to last in perpetuity. Rather it means simply that the government's ability to first exercise a power to expropriate is coterminous with the need for the land for the public purpose. In other words, as a matter of common sense, if the purpose is exhausted before the power is exercised, then it really is too late to invoke the power to expropriate for that purpose. On the other hand, once the power to expropriate is exercised and the land taken, the completion of the initial purpose is irrelevant.

à-propos. Il y a 50 ans à peine, le transport ferroviaire au Canada paraissait être un mode de déplacement et de transport appelé à rester de façon permanente. Aujourd'hui, on constate que bon nombre de lignes de chemin de fer sont abandonnées au profit de l'avion et l'automobile.

Bien que tout cela soit rigoureusement exact, il ne s'ensuit aucunement que le bien-fonds a perdu toute utilité une fois terminée son affectation initiale à une fin d'utilité publique. Il est loisible au gouvernement de l'utiliser à une autre fin d'utilité publique ou de le mettre à nouveau de côté à l'usage et au profit de la bande à qui il a été pris. Cependant, il est évident que, dans l'état actuel des choses, la *Loi sur les Indiens* n'impose pas l'obligation de restituer les terres visées à la bande, ou de les prendre uniquement sous réserve d'un intérêt réversif en faveur de celle-ci. Pour ce qui est de savoir si le gouverneur en conseil a l'obligation de fiduciaire d'assortir l'expropriation qu'il fait sous l'autorité de l'art. 35 d'une condition de réversion, cette question n'a tout simplement pas été soumise à notre Cour en l'es-
pèce.

Le droit général en matière d'expropriation est lui-même une création purement législative : voir *Rugby Joint Water Board c. Shaw-Fox*, [1973] A.C. 202 (H.L.), et E. C. E. Todd, *The Law of Expropriation and Compensation in Canada* (2^e éd. 1992), p. 27. À la page 29 de son ouvrage, M. Todd souligne qu'[TRADUCTION] « un pouvoir d'expropriation conféré pour une fin particulière cesse d'exister une fois cette fin réalisée ». Cette affirmation ne vient aucunement corroborer la thèse voulant qu'un intérêt réversif doive assortir chaque expropriation pour cause d'utilité publique lorsqu'il n'est pas certain que l'ouvrage public durera perpétuellement. Cela signifie simplement que la faculté du gouvernement d'exercer initialement le pouvoir d'exproprier des terres doit coïncider dans le temps avec le besoin qu'a le gouvernement de celles-ci pour cause d'utilité publique. En d'autres mots, le sens commun veut que, si la fin visée cesse d'exister avant que le pouvoir ait été exercé, il soit alors vraiment trop tard pour invoquer le pouvoir d'exproprier à cette fin. Par contre, une fois que le pouvoir d'exproprier a été exercé et que les terres ont été prises, le fait que la fin initiale ait été complétée importe peu.

148

149

150 It would be foreign to the law of expropriation to introduce a condition of perpetual use that is external to the legislation. Where the statute itself does not contain such a limitation, it is enough for the land to be taken absolutely if, at the time of the taking, the public body requires the land absolutely for its legitimate purpose. In the absence of further circumscription of the ordinary law of expropriation in its application to Indians, there are no legal consequences flowing from the completion of a work's original purpose.

5. Support for This Interpretation of Section 35

151 Interpreting s. 35 as authorizing the removal of land from the reserve is consistent with the purpose of the provision, as reflected in the following parliamentary debate:

Now, the basis for this section [now s. 35] is in the old Act and it continues the authority of the parliament of Canada, a provincial legislature, a municipal or legal authority or corporation, which by its authority has power to expropriate land. It may continue to have that right subject to the consent of the Governor in Council, subject to such terms as may be prescribed. This is a continuation of the previous discussion [relating to s. 28(2)] on the temporary use of land on the reserve. This is permanent expropriation of land on the reserve for public utilities and matters of that kind.

As I say the conference did not object to it. They understood that Indian reserve lands should be subject to the same form of expropriation that other lands in Canada have by the body having that purpose. [Emphasis added.]

(*Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 3, of the Special Committee appointed to consider Bill No. 79, *An Act Respecting Indians*, April 18, 1951, at p. 92).

152 Practical considerations also support the conclusion that an expropriation of a freehold interest extinguishes the interest in the reserve. A major project like an irrigation canal, railway track, highway or airline landing strip generally requires outside investment. Were an aboriginal interest in land that is expropriated for such a purpose to continue to burden the land even after a taking of a fee, it would

Il serait étranger au droit de l'expropriation d'incorporer une condition d'usage à perpétuité que ne prévoit pas la loi. Lorsque la loi elle-même ne comporte aucune restriction de ce genre, il suffit, pour que les terres soient prises à titre absolu, qu'au moment de la prise l'organisme public le requière à titre absolu pour la fin légitime qu'il vise. En l'absence d'autres restrictions découlant du droit ordinaire en matière d'expropriation dans son application aux Indiens, aucune conséquence juridique ne résulte du fait que la fin initiale que visait un ouvrage public a été complétée.

5. Arguments à l'appui de cette interprétation de l'art. 35

Considérer que l'art. 35 permet d'exclure des terres de la réserve est une interprétation compatible avec l'objet de cette disposition, comme en témoigne le débat parlementaire qui suit :

[TRANSLATION] Cet article se fonde sur l'ancienne loi et reconnaît au Parlement du Canada, aux législatures provinciales, aux autorités municipales ou civiles, ou aux corporations, le pouvoir d'exproprier des terres. Ces organismes jouissent du même droit, subordonnement au consentement du gouverneur en conseil et aux termes prescrits. Il s'agit donc d'une continuation de la discussion précédente [touchant le par. 28(2)] relative à l'usage temporaire des terres d'une réserve. Le présent article traite de l'exploitation permanente de terres pour fins d'utilité publique et autres semblables.

On ne s'y est pas opposé à la conférence. Les délégués ont compris que les terres des réserves indiennes doivent être soumises à la même forme d'expropriation, par un organisme compétent, que toutes les autres terres au Canada. [Je souligne.]

(*Procès-verbaux et témoignages*, fascicule n° 3, du Comité spécial institué pour étudier le Bill n° 79, *Loi concernant les Indiens*, 18 avril 1951, p. 31).

Des considérations d'ordre pratique étayaient également la conclusion que l'expropriation d'un intérêt franc éteint le droit sur les terres de réserve visées. Un ouvrage d'envergure comme un canal d'irrigation, une voie de chemin de fer, une autoroute ou une piste d'atterrissage requiert habituellement des sources de financement privées. Si un droit autochtone continuait, même après la prise d'un fief, de

be difficult or impossible to grant potential investors security interest in the land.

Given that expropriation of full ownership under s. 35 of the *Indian Act* has the effect I conclude it does, the appellant's argument that s. 35 does not remove land from the reserve disintegrates. At best, it could be suggested that, given the necessary result of a taking of full ownership, the Governor in Council ought to withhold his or her consent, which s. 35 requires where a full expropriation, itself contemplated by the section, is proposed. This would be a perverse and untenable position. In my view, without getting into the content of fiduciary obligation, it cannot be found that consent must never be given to the very thing for which a statute requires it.

The *Indian Act* requires Crown consent for surrender of land for sale or lease as well as for expropriation. In *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at para. 35, and in *Guerin v. The Queen*, [1984] 2 S.C.R. 335, at p. 383, the Court noted that the purpose of requiring Crown consent was not to substitute the Crown's decision for the band's decision but rather to prevent exploitation in the bargaining process. Thus as Dickson J. (as he then was) noted in *Guerin*: "The purpose of this surrender requirement is clearly to interpose the Crown between the Indians and prospective purchasers or lessees of their land, so as to prevent the Indians from being exploited."

Once the analogy between surrender for sale and expropriation of fee simple is made, the role of the consent of the Crown to an expropriation becomes similarly clear. The Crown's consent pertains to the very fact of an expropriation in a particular case as well as to those elements of the expropriation that are subject of negotiation

grever les terres expropriées pour une telle fin, il serait difficile, voire impossible d'accorder à des investisseurs potentiels une garantie sur ces terres.

Compte tenu de ma conclusion quant à l'effet d'une expropriation de la pleine propriété effectuée en vertu de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, l'argument de l'appelante voulant que cette disposition n'ait pas pour effet d'exclure les terres expropriées de la réserve ne tient plus. Tout au plus pourrait-on prétendre que, vu le résultat inévitable d'une prise en pleine propriété, le gouverneur en conseil devrait refuser son consentement, qui est par ailleurs requis par l'art. 35 lorsqu'une expropriation complète — situation elle-même envisagée par cet article — est projetée. Une telle position serait fallacieuse et intenable. À mon avis, sans se lancer dans l'analyse du contenu de l'obligation de fiduciaire, on ne saurait conclure que le gouverneur en conseil ne doit jamais consentir à la mesure même à l'égard de laquelle la loi requiert son consentement.

La *Loi sur les Indiens* exige le consentement de la Couronne en cas de cession de terres aux fins de vente ou de location ainsi qu'en cas d'expropriation. Dans les arrêts *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, par. 35, et *Guerin c. La Reine*, [1984] 2 R.C.S. 335, p. 383, notre Cour a souligné que cette exigence n'a pas pour objet de substituer la décision de la Couronne à celle des bandes visées, mais plutôt d'empêcher que ces dernières ne se fassent exploiter pendant le processus de négociation. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson (plus tard Juge en chef) dans l'arrêt *Guerin* : « Cette exigence d'une cession vise manifestement à interposer Sa Majesté entre les Indiens et tout acheteur ou locataire éventuel de leurs terres, de manière à empêcher que les Indiens se fassent exploiter. »

Une fois établie l'analogie entre la cession aux fins de vente et l'expropriation d'un fief simple, le rôle du consentement de la Couronne en matière d'expropriation devient évident. Ce consentement tient au fait même de l'expropriation dans une situation donnée ainsi qu'aux éléments de l'expropriation qui sont l'objet de négociations

153

154

155

and with respect to which there is the possibility of exploitation, such as the rights taken in the expropriated land, the conditions attached to the taking of the land as well as the quantum of compensation.

156 In this case, there is no attack on the adequacy of the compensation offered or on the amount of the land taken. Indeed, the attack is not even directed at the fact that the government sought to expropriate land in this case (although the interpretation of the Order with respect to the extent of the interest granted is squarely at issue).

157 Once it is ascertained that s. 35 of the *Indian Act* allows the expropriation of a fee, the possibility of the removal of land from a reserve by expropriation can only be impeached by attacking the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*, or suggesting that somehow a particular instance of government consent, or indeed all consent to the expropriation of full ownership, is a breach of the Crown's fiduciary obligation. Of course it must be kept in mind that the parties have neither attacked the constitutionality of s. 35 of the *Indian Act*, nor claimed breach of fiduciary obligation.

6. Distinction Between Aboriginal Interest in Reserve Land and Aboriginal Title

158 For greater clarity, I emphasize that I have not considered the operation of s. 35 of the *Indian Act* where there is the added complication of aboriginal title or treaty rights in the reserve land. It is perhaps useful at this point to distinguish clearly aboriginal title from aboriginal interest in reserve land. In so doing, I hope also to clarify that common law principles of extinguishment do not bear on understanding how it is that aboriginal interest in a reserve comes to an end.

159 The appellant argued that, as a matter of law, aboriginal title subsists in a reserve created under the *Indian Act*. This is clearly incorrect. This Court in *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R.

et à l'égard desquels il y a risque d'exploitation, tels les droits qui sont pris dans les terres expropriées, les conditions assortissant la prise des terres et le montant de l'indemnité versée.

En l'espèce, ni la justesse de l'indemnité ni la superficie des terres prises ne sont contestées. De fait, la contestation ne porte même pas sur le fait que le gouvernement entendait exproprier des terres en l'espèce (quoique l'interprétation du décret relativement à l'étendue du droit accordé soit directement en litige).

Une fois qu'il est établi que l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permet l'expropriation d'un fief, on ne peut contester la possibilité d'exclure des terres d'une réserve par voie d'expropriation qu'en attaquant la constitutionnalité de l'art. 35 ou en plaidant que, d'une manière ou d'une autre, le consentement donné par le gouvernement dans une affaire particulière — ou même dans tous les cas — d'expropriation de la pleine propriété constitue un manquement à l'obligation de fiduciaire de la Couronne. Or, il convient de rappeler que les parties n'ont ni contesté la constitutionnalité de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, ni plaidé aucun manquement à l'obligation de fiduciaire.

6. Distinction entre le droit des Autochtones sur les terres des réserves et le titre aborigène

Par souci de clarté, je tiens à souligner que je n'ai pas examiné l'effet de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* lorsque la situation se complique du fait que les terres de réserve visées sont également l'objet d'un titre aborigène ou de droits issus de traités. Il serait peut-être utile, à ce stade-ci, de distinguer clairement le titre aborigène du droit des Autochtones sur les terres des réserves. Ce faisant, je tiens également à préciser que les principes de la common law en matière d'extinction ne sont pas pertinents pour comprendre comment prend fin le droit des Autochtones sur les terres d'une réserve.

L'appelante a plaidé que, en droit, le titre aborigène subsiste à l'égard d'une réserve créée sous le régime de la *Loi sur les Indiens*. Cet argument est clairement erroné. Dans l'arrêt *Delgamuukw*

1010, at para. 143, set out the test for aboriginal title:

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

A band's connection to the land that forms its reserve will not necessarily meet this test. For example, a reserve may consist of lands quite apart from the band's ancestral territory with respect to which there was no exclusive occupancy prior to sovereignty.

The appellant also reasoned that aboriginal interest in the reserve is itself a distinct aboriginal right that is essentially the same as aboriginal title (and thus subject to the same principles for extinguishment). The error in the appellant's conclusion apparently arises from the following comment in Dickson J.'s reasons in *Guerin*, *supra*, at p. 379:

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. . . .

In *Guerin*, the issue before the Court was whether s. 18 of the *Indian Act* put the Crown in the position of a trustee of the reserve lands. Dickson J. for the majority concluded that the Crown stood only as a fiduciary to the Musqueam Indian Band with respect to the surrender of reserve lands that were also subject to aboriginal title. Section 18 of the *Indian Act* confirmed the fiduciary obligation already borne by the Crown in relation to lands subject to aboriginal title, but did not create a different property interest. The quotation above simply emphasizes that the fact that lands to which aboriginal title attaches are also reserve lands protected by the *Indian Act* does not

c. Colombie-Britannique, [1997] 3 R.C.S. 1010, par. 143, notre Cour a énoncé le critère applicable pour statuer sur l'existence d'un titre aborigène :

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

La relation d'une bande avec le territoire qui constitue sa réserve ne satisfait pas nécessairement à ce critère. À titre d'exemple, la réserve d'une bande peut être formée de terres entièrement distinctes du territoire ancestral de celle-ci et qui n'étaient pas occupées de façon exclusive avant l'affirmation de la souveraineté.

L'appelante a également soutenu que le droit des Autochtones sur les terres des réserves est lui-même un droit ancestral particulier, essentiellement identique au titre aborigène (et donc assujéti aux mêmes principes en matière d'extinction). Cette conclusion erronée de l'appelante découle apparemment des commentaires suivants du juge Dickson dans l'arrêt *Guerin*, précité, p. 379 :

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 . . .

Dans l'affaire *Guerin*, la question soumise à notre Cour était de savoir si l'art. 18 de la *Loi sur les Indiens* faisait de la Couronne le fiduciaire des terres de la réserve. Le juge Dickson, s'exprimant pour la majorité, a conclu que la Couronne jouait le rôle de fiduciaire de la bande indienne de Musqueam, mais seulement à l'égard de la cession des terres de la réserve qui étaient également assujétiées à un titre aborigène. L'article 18 de la *Loi sur les Indiens* a confirmé l'obligation de fiduciaire déjà assumée par la Couronne relativement aux terres assujétiées à un titre aborigène, mais il n'a pas créé un droit de propriété différent. Le passage

160

161

change the aboriginal interest in the land insofar as the right to protection by the Crown as fiduciary is at issue.

162 In noting that the interest in reserve lands is the same as that in unrecognized aboriginal title in traditional lands, Dickson J. cites *Attorney-General for Quebec v. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (P.C.), at p. 410. There, Lord Duff indicated that the equivalent of today's *Indian Act* existed to make "better provision for preventing encroachments upon the lands appropriated to the use of Indian tribes". He concluded that this language "does not point to an intention of enlarging or in any way altering the quality of the interest conferred upon the Indians by the instrument of appropriation or other source of title". In other words, where aboriginal title subsisted in lands that are then appropriated to the use of a band as reserve lands, the aboriginal interest in these lands is no different than that found in traditional lands in which there is an unrecognized aboriginal title — at least for the purposes of understanding the existence and the content of a fiduciary obligation.

163 I agree with Dickson J. on this point and further would venture to find that an interest in reserve lands to which no aboriginal title attaches and an interest in non-reserve lands to which aboriginal title does attach are the same with respect to the generation of a fiduciary obligation on the part of the Crown. The content of the fiduciary obligation, of course, depends on the factual context: *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, at p. 1119.

164 In sum, this quotation from *Guerin* does not speak to identity of aboriginal title and an interest in reserve land with respect to the origin and termination of the respective interests. Dickson J. was merely comparing reserve lands subject to aboriginal title with non-reserve lands subject to aboriginal

précité rappelle simplement que le fait que des terres visées par un titre aborigène sont également des terres de réserve protégées par la *Loi sur les Indiens* ne modifie pas le droit des Autochtones sur ces terres dans la mesure où est concerné le droit à la protection de la Couronne en sa qualité de fiduciaire.

Lorsqu'il souligne que le droit sur les terres de réserve est le même que celui découlant d'un titre aborigène non reconnu sur des terres traditionnelles, le juge Dickson invoque l'arrêt *Attorney-General for Quebec c. Attorney-General for Canada*, [1921] 1 A.C. 401 (C.P.), p. 410. Dans cet arrêt, lord Duff a indiqué que le texte en cause, l'équivalent de l'actuelle *Loi sur les Indiens*, existait afin de [TRADUCTION] « prévenir les atteintes aux terres acquises aux fins d'usage par les tribus indiennes ». Il a conclu que ces termes « ne dénotaient pas une intention d'élargir ou de modifier de quelque façon que ce soit la qualité du droit conféré aux Indiens par l'acte d'appropriation ou toute autre source de ce droit ». En d'autres termes, lorsque des terres toujours visées par un titre aborigène sont acquises pour l'usage d'une bande comme terres de réserve, le droit des Autochtones sur ces terres ne diffère pas de celui qui s'attache aux terres traditionnelles visées par un titre aborigène non reconnu — du moins pour ce qui est de comprendre les conditions d'existence et le contenu de l'obligation de fiduciaire.

Je souscris à l'opinion du juge Dickson sur ce point et je conclurais même que le droit sur des terres de réserve non visées par un titre aborigène et le droit sur des terres situées hors de la réserve mais visées par un titre aborigène sont identiques en ce qu'ils créent pour la Couronne une obligation de fiduciaire. Le contenu de l'obligation de fiduciaire dépend bien sûr du contexte factuel : *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, p. 1119.

En somme, cet extrait de l'arrêt *Guerin* ne traite pas de l'identité du titre aborigène et du droit sur les terres de réserve du point de vue de la naissance et de la cessation de chacun ces droits. Le juge Dickson ne faisait que comparer les terres de réserve visées par un titre aborigène et les terres situées hors

title, in context of understanding the existence of the Crown's fiduciary obligation in both cases.

In that there are rights created by the *Indian Act* in reserve lands, and in that these rights are held by aboriginal people, an interest in a reserve is literally an aboriginal right. However, the category of aboriginal right to which aboriginal title belongs and to which the appellant wishes to add an aboriginal interest in reserve lands has a special constitutional status — affirmation and recognition under s. 35(1) of the *Constitution Act, 1982* — which motivates the high level of protection.

This Court has defined “aboriginal rights” broadly, from activities with limited connection to the land on which the activity is performed on one end (see *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507, and *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101) to interests in land that form aboriginal title on the other (see *Delgamuukw*, *supra*). The rights that are protected under s. 35(1) share a common characteristic that relates to its purpose. This purpose was articulated in *Van der Peet*, *supra*, at paras. 30-31:

In my view, the doctrine of aboriginal rights exists, and is recognized and affirmed by s. 35(1), because of one simple fact: when Europeans arrived in North America, aboriginal peoples were already here, living in communities on the land, and participating in distinctive cultures, as they had done for centuries. It is this fact, and this fact above all others, which separates aboriginal peoples from all other minority groups in Canadian society and which mandates their special legal, and now constitutional, status.

More specifically, what s. 35(1) does is provide the constitutional framework through which the fact that aboriginals lived on the land in distinctive societies, with their own practices, traditions and cultures, is acknowledged and reconciled with the sovereignty of the Crown. The substantive rights which fall within the provision must be defined in light of this purpose; the aboriginal rights recognized and affirmed by s. 35(1) must be directed towards the reconciliation of the pre-existence

de la réserve également visées par un tel titre, afin de comprendre les conditions d'existence de l'obligation de fiduciaire de la Couronne dans les deux cas.

Dans la mesure où la *Loi sur les Indiens* crée des droits à l'égard des terres des réserves et où ces droits sont détenus par des Autochtones, le droit sur les terres de la réserve est littéralement un droit autochtone. Cependant, la catégorie de droits autochtones (c'est-à-dire les « droits ancestraux ») à laquelle appartient le titre aborigène et à laquelle l'appelante désire ajouter le droit des Autochtones sur les terres des réserves, possède une valeur constitutionnelle spéciale — confirmée et reconnue par le par. 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* — qui justifie le degré élevé de protection accordée à ces droits.

Notre Cour a défini de façon large les « droits ancestraux », ceux-ci allant d'activités n'ayant qu'un lien limité avec le territoire où elles sont exercées (voir *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507, et *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101), aux droits fonciers formant le titre aborigène (voir l'arrêt *Delgamuukw*, précité). Les droits protégés par le par. 35(1) partagent une caractéristique qui est liée à l'objet de cette disposition. Cet objet a été énoncé en ces termes dans l'arrêt *Van der Peet*, précité, par. 30 et 31 :

À mon avis, la doctrine des droits ancestraux existe et elle est reconnue et confirmée par le par. 35(1), et ce pour un fait bien simple : quand les Européens sont arrivés en Amérique du Nord, les peuples autochtones s'y trouvaient déjà, ils vivaient en collectivités sur ce territoire et participaient à des cultures distinctives, comme ils l'avaient fait pendant des siècles. C'est ce fait, par-dessus tout, qui distingue les peuples autochtones de tous les autres groupes minoritaires du pays et qui commande leur statut juridique — et maintenant constitutionnel — particulier.

Plus précisément, le par. 35(1) établit le cadre constitutionnel qui permet de reconnaître que les autochtones vivaient sur le territoire en sociétés distinctives, possédant leurs propres cultures, pratiques et traditions, et de concilier ce fait avec la souveraineté de Sa Majesté. Les droits substantiels visés par cette disposition doivent être définis à la lumière de cet objet. Les droits ancestraux reconnus et confirmés par le par. 35(1) doivent tendre à concilier la préexistence des

165

166

of aboriginal societies with the sovereignty of the Crown. [First emphasis in original; second emphasis added.]

167 Thus the shared characteristic of aboriginal rights, be they activities or interests in land, that are protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982* is the connection such rights have to an aboriginal society that preceded sovereignty. In *Delgamuukw*, at para. 151, the Court affirmed that a crucial part of the test for aboriginal rights continues to be that the interest is of “a central significance to their distinctive culture”.

168 Aboriginal interest in reserve land is entirely created by modern legislation. Where the interest is not such that aboriginal title or rights as described above can be made out, I do not see how it could be said that the interest is connected to the distinct aboriginal society that preceded sovereignty.

169 In sum, aboriginal interest in reserve land is entirely distinct and independent from aboriginal title. Furthermore, it does not fall into the same category of “aboriginal right”, subject to the same legal principles, as aboriginal title and the other aboriginal rights referred to above; in other words, a bare interest in reserve land which is not also the object of aboriginal title, treaty rights or such other aboriginal rights cannot be considered to be an “aboriginal right” that is protected under s. 35 of the *Constitution Act, 1982*.

170 Given that aboriginal interest in reserve land is not the same as or strictly speaking analogous to aboriginal title, the principles that inform the way in which it can be extinguished are also different. More specifically, it is the *Indian Act* that creates and also delineates the extent and the nature of the interest in reserve land.

171 In the context of aboriginal title, it is clear that holding a fee simple prevents occupancy and

sociétés autochtones et la souveraineté de Sa Majesté. [Premier soulignement dans l’original; deuxième soulignement ajouté.]

Ainsi, les droits ancestraux protégés par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*, qu’il s’agisse d’activités ou de droits fonciers, ont comme caractéristique commune leur rapport avec une société autochtone qui existait avant l’affirmation de la souveraineté. Dans l’arrêt *Delgamuukw*, par. 151, notre Cour a affirmé qu’un aspect fondamental du critère de détermination de l’existence des droits ancestraux demeurerait l’exigence que le droit en cause ait « pour [l]a culture distinctive [de cette société] une importance fondamentale ».

Le droit des Autochtones sur les terres des réserves est entièrement une création législative moderne. Lorsqu’un tel droit ne peut être assimilé à un titre aborigène ou autre droit ancestral décrit précédemment, je ne vois pas comment on pourrait affirmer qu’il est lié à une société autochtone distincte qui existait avant l’affirmation de la souveraineté.

Bref, le droit des Autochtones sur les terres des réserves est un droit tout à fait distinct et indépendant du titre aborigène. Qui plus est, il n’appartient pas à la même catégorie de « droits autochtones » (les « droits ancestraux ») et n’est pas assujettis aux mêmes principes juridiques que le titre aborigène ou les autres droits ancestraux susmentionnés; en d’autres mots, un simple droit sur des terres de réserve qui ne sont pas aussi visées par un titre aborigène, par des droits issus de traités ou par d’autres droits ancestraux ne saurait être considéré comme un « droit ancestral » protégé par l’art. 35 de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Étant donné que le droit des Autochtones sur les terres des réserves n’est ni identique ni même, à vrai dire, analogue au titre aborigène, les principes régissant son extinction sont également différents. Plus précisément, c’est la *Loi sur les Indiens* qui crée et délimite l’étendue et la nature de ce droit.

Dans le contexte du titre aborigène, il est clair que l’existence d’un fief simple fait obstacle à

destroys the relationship of the band with the land such that aboriginal title is extinguished. As Lamer C.J. put it in *Delgamuukw, supra*, at paras. 128-29:

. . . lands subject to aboriginal title cannot be put to such uses as may be irreconcilable with the nature of the occupation of that land and the relationship that the particular group has had with the land which together have given rise to aboriginal title in the first place. . . .

It is for this reason also that lands held by virtue of aboriginal title may not be alienated. Alienation would bring to an end the entitlement of the aboriginal people to occupy the land and would terminate their relationship with it. . . .

Legislation that purports to allow for the infringement of aboriginal title must pass the test set out in *Sparrow, supra*. Federal legislation passed before 1982 that sought to extinguish entirely an aboriginal right like aboriginal title must evince a clear and plain intention to do so: *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at para. 34; *Sparrow*, at p. 1099. In *Van der Peet, supra*, at para. 28, the Court noted that: “Subsequent to s. 35(1) aboriginal rights cannot be extinguished and can only be regulated or infringed consistent with the justificatory test laid out by this Court in *Sparrow*”.

I note that some Federal Court judgments have attempted to apply the “clear and plain intention” rule to reserve land. Décary J.A. in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.), stated at para. 27:

Where a compulsory taking of part of a reserve is at issue, the Court must satisfy itself that the intention of the Crown to extinguish the Indian interest in the portion taken was “clear and plain” (see *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 at 1099 . . .).

The approach was adopted in the Federal Court (Trial Division) judgment for *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350, at para. 19 (per Muldoon J.).

l’occupation des terres et annihile le rapport que la bande concernée entretient avec celles-ci, de sorte que le titre aborigène est éteint. Comme l’a dit le juge en chef Lamer dans l’arrêt *Delgamuukw*, précité, par. 128 et 129 :

. . . les terres visées par un titre aborigène ne peuvent pas, selon moi, être utilisées à des fins incompatibles avec la nature de l’occupation de ces terres et avec le rapport que le groupe concerné entretient avec celles-ci, facteurs qui, ensemble, ont donné naissance au titre aborigène . . .

C’est également pour cette raison que les terres détenues en vertu d’un titre aborigène sont inaliénables. L’aliénation des terres en question éteindrait le droit des autochtones de les occuper et mettrait fin au rapport qu’ils entretiennent avec celles-ci. . .

Une loi censée permettre la violation d’un titre aborigène doit satisfaire au critère énoncé dans l’arrêt *Sparrow*, précité. Dans le cas des lois fédérales édictées avant 1982 qui visaient à éteindre complètement un droit ancestral tel un titre aborigène, cette intention doit ressortir de façon claire et nette de la loi en question : *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, par. 34; *Sparrow*, p. 1099. Dans l’arrêt *Van der Peet*, précité, par. 28, la Cour a fait l’observation suivante : « À la suite de l’adoption du par. 35(1), les droits ancestraux ne peuvent pas être éteints et ils ne peuvent être réglementés ou violés qu’en conformité avec le critère de justification énoncé par notre Cour dans *Sparrow* ».

Je tiens à souligner que certains jugements de la Cour fédérale ont tenté d’appliquer la règle de « l’intention claire et nette » à des terres de réserve. Dans *Cie des chemins de fer nationaux du Canada c. Bande indienne de Matsqui*, [1998] A.C.F. n° 983 (QL) (C.A.), le juge Décary a dit ceci, au par. 27 :

Lorsque la prise de possession obligatoire d’une partie d’une réserve est en cause, la Cour doit être convaincue que l’intention de la Couronne d’éteindre le titre indien dans la parcelle prise est « claire et expresse » (voir *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, page 1099 . . .).

Cette approche a été adoptée par la Section de première instance de la Cour fédérale, dans *BC Tel c. Bande indienne de Seabird Island*, [2000] 4 C.F. 350, par. 19 (le juge Muldoon).

172

173

174 With respect, I do not agree that this principle, derived from an understanding of aboriginal title, can be applied to aboriginal interest in reserve land, which is a statutory creature the existence of which is not premised on a relationship with the land. Aboriginal interest in reserve land is created under the *Indian Act*, which specifies, in the expropriation and the surrender provisions, how land loses its reserve status.

B. *Issue #2: Does the Order in Council in Fact Authorize the Taking of a Full Ownership?*

175 Effect ought to be given to the plain and ordinary meaning of the document. At issue is essentially whether the Order in Council authorized the taking of an easement or, as the respondents submit, a full proprietary interest such that the land is no longer “reserve land” within the *Indian Act*. The point of contention is the meaning of the phrase “right-of-way” as it is used in the “Description”. The appellant takes it to refer to the extent of the interest in the land, and the respondents, to describe a physical area of land that is taken in fee simple. In my view, a reading of the whole of the Order in Council supports the respondents’ position.

176 The Order in Council is in two parts. The first two paragraphs, the recitals, state simply that an application has been made for a tract of land and that the quantum of compensation has been agreed on and has been paid:

WHEREAS the Minister of Agriculture for the Province of British Columbia has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Osoyoos Indian Reserve number one, in the said Province for irrigation canal purposes;

AND WHEREAS the sum of \$7,700 has been received from the Province of British Columbia in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Osoyoos Band of Indians on the 30th of March, 1955 and officials of the Indian Affairs Branch;

En toute déférence, je n’admets pas que ce principe, qui découle d’une certaine conception du titre aborigène, puisse être appliqué au droit des Autochtones sur les terres des réserves, droit qui est une création d’origine législative et dont l’existence n’est pas fondée sur un rapport avec le territoire. Le droit des Autochtones sur les terres de réserve est créé sous le régime de la *Loi sur les Indiens*, qui précise, dans ses dispositions relatives à l’expropriation et à la cession, les circonstances dans lesquelles une terre perd sa qualité de terre de réserve.

B. *Question no 2 : Le décret autorise-t-il de fait la prise de la pleine propriété?*

Il convient de donner effet au sens ordinaire du document. Essentiellement, il s’agit de déterminer si le décret a autorisé la prise d’une servitude ou, comme le soutiennent les intimées, d’un intérêt propriétaire complet, de telle sorte que le bien-fonds visé ne constitue plus une « terre dans une réserve » visée par la *Loi sur les Indiens*. Le point litigieux concerne le sens du terme « droit de passage » utilisé dans la « Description ». L’appelante prétend que ce terme désigne l’étendue du droit sur les terres, alors que les intimées soutiennent qu’il décrit une parcelle physique prise en fief simple. À mon avis, la lecture du décret dans son ensemble étaye la thèse des intimées.

Le décret comporte deux parties. Les deux premiers paragraphes — le préambule — énoncent simplement qu’une demande visant une parcelle de terrain a été présentée et que le montant de l’indemnité a été décidé et payé :

[TRADUCTION]

ATTENDU que le ministre de l’Agriculture de la province de la Colombie-Britannique a demandé, pour les besoins d’un canal d’irrigation, les terres décrites ci-après, qui constituent une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d’Osoyoos, dans ladite province;

ET ATTENDU que la somme de 7 700 \$ a été reçue de la province de la Colombie-Britannique à titre de paiement complet des terres demandées, conformément à l’évaluation approuvée par le conseil de la bande indienne d’Osoyoos le 30 mars 1955 et par les fonctionnaires de la Division des Affaires indiennes;

In the identification of the legal interest in the first part, the document states that “the lands hereinafter described” are “a portion of Osoyoos Indian Reserve number one”. This clearly indicates that what was transferred was “a portion of the reserve”, not merely an easement.

The third paragraph of the first part contains the critical authorization:

THEREFORE, His Excellency the Governor General in Council, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, pursuant to the provisions of Section 35 of the Indian Act, is pleased hereby to consent to the taking of the said lands by the Province of British Columbia and to transfer the administration and control thereof to Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia:

This paragraph contains the whole of what it is the Order in Council purports to do. The language of this paragraph confirms that the Crown is authorizing the transfer of full ownership. However, the use of the word “taking” and the phrase “transfer the administration and control thereof” calls for comment.

I discussed above in context of s. 35 of the *Indian Act* the meaning of the word “take”. Had the Crown here meant to use the word “taking” to mean that something less than a fee simple was authorized, one would expect that language more suited to such a lesser interest would have been adopted, such as the “right to use the lands”. This sort of language is present in, for example, the Crown grant of the easement at issue in *Opetchesaht Indian Band*, *supra*, which stated, at para. 8: “. . . doth hereby grant the Permittee, its successors and assigns, the right to construct, operate and maintain an electric power transmission line on the said lands being in the Klehkoot Indian Reserve number two. . .” (emphasis added).

The language “transfer the administration and control” is typically used instead of a conveyance of title between the federal and provincial Crowns. Professor G. V. La Forest in his text *Natural*

Dans la désignation de l'intérêt en common law dans la première partie, il est déclaré que « les terres décrites ci-après » constituent « une portion de la réserve indienne numéro un de la bande indienne d'Osoyoos ». Cette désignation indique clairement que ce qui a été transféré, c'est une « une portion de la réserve », et non pas simplement une servitude.

Le troisième paragraphe de la première partie contient l'autorisation déterminante :

[TRADUCTION]

À CES CAUSES, il plaît à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration et conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de ces terres par la province de la Colombie-Britannique et d'en céder la gestion et la maîtrise à Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique :

Ce paragraphe énonce tout ce que le décret est censé accomplir. Le texte de ce paragraphe confirme que la Couronne autorise le transfert de la pleine propriété. Cependant, l'emploi du mot « prise » et de l'expression « céder la gestion et la maîtrise » appelle quelques commentaires.

J'ai examiné plus tôt, dans le contexte de l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens*, le sens du mot « prise ». En l'espèce, si la Couronne avait voulu utiliser le mot « prise » pour indiquer qu'on n'autorisait que la prise d'un droit inférieur au fief simple, on aurait pu s'attendre à un libellé plus approprié pour décrire un tel droit inférieur, par exemple les mots le « droit d'utiliser les terres ». À titre d'exemple, on trouve une formule de ce genre dans l'acte de concession par la Couronne de la servitude en cause dans l'affaire *Bande indienne des Opetchesaht*, précitée, par. 8, qui disait : « . . . accorde au titulaire et à ses ayants droit le droit de construire, d'exploiter et d'entretenir une ligne de transmission d'énergie électrique sur les terres visées de la réserve indienne numéro deux de Klehkoot . . . » (je souligne).

Les termes « céder la gestion et la maîtrise » sont généralement utilisés pour tenir lieu de transport de titre entre les Couronnes fédérale et provinciale. Dans son ouvrage *Natural Resources and Public*

177

178

179

180

181

Resources and Public Property under the Canadian Constitution (1969), at pp. 18-19, explained the theoretical underpinning for the use of such language:

Still the special nature of public ownership must steadily be kept in mind. It is a power of the provincial (or Dominion) authorities to administer and control for the provincial (or Dominion) benefit property vested in the Queen. Consequently when it is desired to transfer public property from a province to the Dominion, or the contrary, the appropriate means of doing so is not by an ordinary conveyance but by an order in council; it is not a conveyance of property but the transfer of the administration of the Queen's property from one government to another. [Citations omitted.]

This passage supports the conclusion that a transfer of administration of land between the Dominion and provincial governments is the equivalent of the conveyance of title.

182 The first part of the Order in Council unequivocally authorizes the taking of a fee in the lands on which the irrigation canal was built. However, the second part at first read raises the spectre of ambiguity in the use of the phrase "right-of-way". By way of preface to my discussion of the meaning of "right-of-way" in the second part of the Order in Council, I urge that the second part of the Order in Council be understood to do what it purports to do, namely to describe which physical tract of land is the subject of the transfer.

183 The Description reads as follows:

The whole of those rights-of-way, in Osoyoos Indian Reserve number one, in the province of British Columbia, said rights-of-way containing together by admeasurement fifty-six acres and nine hundredths of an acre, more or less, as said rights-of-way are shown bordered red on a plan of record number Irr twenty-one hundred and thirty-four in the Indian Affairs survey records at Ottawa; saving and excepting thereout and therefrom all that portion lying within a right-of-way for a road, as the last aforesaid right of way is shown bordered red on a plan of record number Rd thirty-six hundred and eighty in said records, a copy of which is deposited in the Land Registry Office for the district of Kamloops at Kamloops under number A thirteen hundred and seventy-seven; also saving and excepting thereout and therefrom all roads reserved by the Province of British Columbia

Property under the Canadian Constitution (1969), p. 18 et 19, le professeur G. V. La Forest a expliqué le fondement théorique de cette formule :

[TRADUCTION] Cependant, il faut constamment garder à l'esprit la nature spéciale des biens publics. Les autorités provinciales (ou fédérales) disposent du pouvoir de gestion et de maîtrise, au nom de la province (ou du gouvernement fédéral), à l'égard des biens dont la propriété est dévolue à la Couronne. En conséquence, lorsqu'on souhaite transférer un bien public d'une province au gouvernement fédéral (ou vice versa), le moyen approprié n'est pas un acte translatif de propriété ordinaire mais plutôt un décret; en effet, il ne s'agit pas d'un transport de propriété mais du transfert de la gestion d'un bien de Sa Majesté, d'un gouvernement à un autre. [Références omises.]

Ce passage étaye la conclusion que le transfert de la gestion d'un bien-fonds entre le gouvernement fédéral et un gouvernement provincial équivaut à un transport de titre.

La première partie du décret autorise clairement la prise d'un fief visant les terres sur lesquelles le canal d'irrigation a été construit. Toutefois, la seconde partie fait naître de prime abord le spectre de l'ambiguïté en raison de l'emploi de l'expression « droit de passage ». En guise de préambule à mon analyse du sens de cette expression dans la seconde partie du décret, je propose de donner à cette partie le sens qui est propre à permettre la réalisation de son objet, c'est-à-dire décrire la parcelle physique visée par le transfert.

La Description est ainsi rédigée :

[TRADUCTION] L'ensemble des droits de passage, dans la réserve numéro un de la bande indienne d'Osoyoos, dans la province de la Colombie-Britannique, lesdits droits de passage s'étendant sur une superficie d'environ cinquante-six acres et neuf centièmes, tels qu'ils sont représentés, lisérés de rouge, sur le plan enregistré numéro Irr deux mille cent trente-quatre des registres d'arpentage des Affaires indiennes à Ottawa; à l'exception toutefois de toute la portion située à l'intérieur des limites du droit de passage servant à une route, ce droit de passage étant représenté, liséré de rouge, sur le plan enregistré sous le numéro Rd trois mille six cent quatre-vingt de ces registres, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de Kamloops à Kamloops, sous le numéro A mille trois cent soixante-dix-sept; à l'ex-

by provincial order-in-council number one thousand and thirty-six, also subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line granted to West Kootenay Power and Light Company Ltd. by Order-in-Council P.C. 143 dated January 25, 1937, for a term of thirty years, this right-of-way containing by admeasurement 22 acres and two-tenths of an acre, more or less, and is shown on a plan of survey by R.P. Brown, B.C.L.S. dated November 16, 1936 and which is of record in the Indian Affairs Branch as Plan No. M. 2691.

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same.

The use of the phrase “rights-of-way” can be understood as unambiguously referring to the strip of land on which the canal is situated. The same issue arose in *Seabird Island Indian Band, supra*. That case involved a taking under s. 35 of a highway by the Province of British Columbia, and the Order in Council there uses the same words, essentially, as here. In addressing the use of the term “right of way”, the Court of Appeal stated, at para. 26:

In addition, the expression of the term “right of way” is meant merely to point to the corridor rather than to describe the nature of any legal interest transferred; *CP, supra*, at paragraph 46 (pages 667-668) and *Canadian Pacific Ltd., supra*, at paragraph 22 (pages 351-352). This is so despite the fact that the term “right of way” is used once in the order to describe the nature of a legal interest in land. The context for this use of the term was to describe the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited and is irrelevant to the term’s definition when the term is used in the context of the corridor lands; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994, at pages 163-168). The term “right of way” does not, therefore, give rise to any ambiguity.

In the Description, the phrase “right-of-way” is used consistently as a descriptor of a physical area of land rather than as a reference to the nature of the interest involved. Where “right-of-way” is used the last time, appositionally to Grant of Easement, the surrounding language clearly indicates that it is

ception également de toutes les routes réservées par la province de la Colombie-Britannique, au moyen du décret provincial numéro mille trente-six, et aussi sous réserve d’une servitude existante relative à une ligne de haute tension, octroyée à West Kootenay Power and Light Company Ltd., au moyen du décret C.P. 143, daté du 25 janvier 1937, pour une période de trente ans, ce droit de passage ayant une superficie d’environ 22 acres et deux dixièmes, et est représenté sur un plan d’arpentage préparé par R.P. Brown, B.C.L.S., en date du 16 novembre 1936 et inscrit au registre de la Division des Affaires indiennes sous le numéro de plan M. 2691.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter.

Il est possible de considérer que le terme « droits de passage » renvoie clairement à la parcelle de terrain sur laquelle le canal est situé. La même question s’est soulevée dans l’arrêt *Bande indienne de Seabird Island*, précité. Cette affaire portait sur la prise d’une autoroute faite en vertu de l’art. 35 par la province de la Colombie-Britannique, et le décret concerné employait sensiblement les mêmes mots qu’en l’espèce. Relativement à l’emploi du terme « droit de passage », la Cour d’appel fédérale a dit ceci, au par. 26 :

En outre, la présence de l’expression « droit de passage » ne vise qu’à indiquer le corridor plutôt qu’à décrire la nature de quelque droit cédé; *CP*, précité, au paragraphe 46 (pages 667 et 668), et *Canadien Pacifique Ltée*, précité, au paragraphe 22 (pages 351 et 352). Il en est ainsi malgré le fait que l’expression « droit de passage » soit utilisée une fois dans le décret pour décrire la nature d’un droit dans les terres. Cette expression a été utilisée dans le contexte de la description de la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited, et cette utilisation n’est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3^e éd., Toronto : Butterworths, 1994, aux pages 163 à 168). L’expression « droit de passage » ne donne donc pas lieu à une ambiguïté.

Dans la Description, le terme « droit de passage » est systématiquement utilisé pour décrire physiquement la parcelle de terrain, et non pour indiquer la nature du droit en cause. La dernière fois que le terme « droit de passage » est utilisé, en apposition au mot servitude, les mots qui l’entourent

184

185

describing the actual tract of land to which the legal interest, described as a Grant of Easement, correlates.

186

The following language that accompanies the use of “right-of-way” as a descriptor of an area of land supports this conclusion:

—In lines 8-9 of the Description, the following participle phrase modifies “rights-of-way” in line 1 (the critical reference to the canal): “saving and excepting thereout and therefrom all that portion . . .”. Obviously, logic suggests that a subtraction of a portion is done from another such a portion. This indicates that the rights-of-way in line 1 is also a tract of land. The same language of subtraction is used in line 15.

—In line 9 reference is made to “all that portion lying within a right-of-way for a road”. The use of the preposition “within” rather than “subject to” combined with the fact that it is an area of land, a “portion” that is located therein, strongly suggests that “right-of-way for a road” is a description of a strip of land.

—The phrase “right-of-way” as used to describe roads and the canal — permanent surface structures both — does not describe the interest in the land.

—The words “containing together by admeasurement” in lines 3-4 refer to the strips of land on which the canal is situated. The words “containing by admeasurement” in line 22 refer likewise to the area of the land that is burdened by the Grant of Easement. The fact that the “rights-of-way” here are capable of being physically measured and can be spoken of as containing a certain number of acres strongly leads to the conclusion that physical tracts of land, rather than the nature of the interest, are being described.

187

The last sentence of the Order in Council, which refers to the reservation of mines and

indiquent clairement que ce terme décrit la parcelle de terrain même à laquelle correspond l’intérêt en common law désigné comme étant une servitude.

Les mots suivants, qui accompagnent le terme « droit de passage » pour décrire la parcelle de terrain, étayent cette conclusion :

—À la ligne 9 de la Description, la réserve suivante modifie le terme « droits de passage » utilisé aux lignes 1 et 2 (la référence cruciale au canal) : « à l’exception toutefois de toute la portion ». La logique suggère qu’on soustrait une portion de quelque chose d’une autre portion de quelque chose de même nature. Cela indique que les droits de passage mentionnés aux lignes 1 et 2 s’entendent également au sens d’une parcelle de terrain. La même réserve figure aux lignes 16 et 17.

—Aux lignes 9 et 10, on fait état de « toute la portion située à l’intérieur des limites du droit de passage servant à une route ». L’emploi de l’expression « à l’intérieur des limites » plutôt que « visée par », conjugué au fait qu’il s’agit d’un terrain, d’une « portion » de ce terrain, suggère fortement que le « droit de passage servant à une route » décrit une bande de terrain.

—Le terme « droit de passage », tel qu’il est employé pour décrire les routes et le canal — dans les deux cas des structures permanentes en surface —, ne décrit pas la nature du droit sur les terres.

—Les mots « s’étendant sur une superficie » aux lignes 4 et 5 renvoient aux bandes de terrain sur lesquelles est situé le canal. Les mots « ayant une superficie » à la ligne 24 renvoient eux aussi à la parcelle de terrain grevée par la servitude. En l’espèce, le fait que les « droits de passage » dont il est question ici peuvent être physiquement mesurés et qu’on puisse dire d’eux qu’ils comportent un certain nombre d’acres amène sérieusement à conclure qu’on décrit des bandes de terrain plutôt que la nature du droit.

La dernière phrase du décret, qui fait état de la réserve des mines et minéraux, vient renforcer cette

minerals, further supports this conclusion. A reservation of mines and minerals would only be meaningful where a transfer of title is contemplated. There would be no reason to so reserve where there is a mere right of way or statutory easement. This reservation is additional evidence that the Order in Council effected the transfer of the equivalent of a fee. In sum, it is clear that, as the phrase “rights-of-way” is used in line 1 to refer to the canal, it is used as a reference to an area of land.

I conclude that, through the adoption of the Order in Council by the federal government, Her Majesty the Queen in right of the Province of British Columbia obtained full ownership over the lands on which the irrigation canal is situated. I think that this conclusion, derived from a plain reading of the terms of the Order in Council, is supported by consideration of what would be reasonably and practically required for the construction and maintenance of an irrigation canal. I would note, briefly, that the canal is lined with concrete and fully dominates the tract of land on which it is located to the exclusion of all other uses. A canal is like a highway or railway in this regard as opposed to a pipeline that is constructed underground or a utility line that for the most part takes up only air space. A taking of full ownership for canal purposes is clearly reasonable.

V. Conclusion

I would answer the first stated question — Are lands, taken pursuant to s. 35 of the *Indian Act*, “land or interests in land” in a reserve of a Band within the meaning of s. 83(1)(a) of the *Indian Act* such that those lands are assessable and taxable pursuant to Band Assessment By-laws and taxable pursuant to Band Taxation By-laws — in the negative, where full ownership is expropriated.

I would answer the second stated question — If s. 35 of the *Indian Act* authorizes the removal of lands from reserve status, does federal Order in Council 1957-577, by which the Lands were transferred, remove the Lands from reserve status so that

conclusion. La réserve des mines et minéraux n’a de sens que dans la mesure où l’on envisage un transfert de titre. Il n’y a aucune raison d’inclure une telle réserve si le transfert vise un simple droit de passage ou une simple servitude légale. Cette réserve constitue une preuve supplémentaire que le décret a eu pour effet de transférer l’équivalent d’un fief. En somme, il est clair que, comme le terme « droits de passage » est utilisé pour désigner le canal à la ligne 1, il vise une parcelle de terrain.

Je conclus que, par suite de la prise du décret par le gouvernement fédéral, Sa Majesté la Reine du chef de la province de la Colombie-Britannique a obtenu la pleine propriété des terres sur lesquelles est situé le canal d’irrigation. J’estime que cette conclusion, qui découle d’une simple lecture du décret, est confirmée par la prise en compte de ce qui est raisonnablement et pratiquement requis pour la construction et l’entretien d’un canal d’irrigation. Je ferais remarquer, brièvement, que le canal est fait de béton et domine entièrement la parcelle de terrain sur laquelle il est situé, à l’exclusion de tout autre usage. À cet égard, un canal est comme une autoroute ou un chemin de fer, plutôt que comme un pipeline qui est construit sous terre ou une ligne de transport d’énergie ou de transmission qui occupe principalement de l’espace aérien. Il est clairement raisonnable de prendre des terres en pleine propriété pour les besoins d’un canal.

V. Conclusion

Est-ce que les terres prises en vertu de l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* sont des « immeubles [ou] des droits sur ceux-ci » situés dans la réserve d’une bande au sens de l’al. 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et sont, de ce fait, évaluables et imposables en vertu du règlement d’évaluation foncière de la bande et imposables en vertu de son règlement en matière de taxation? Je répondrais par la négative à cette question, dans les cas où la pleine propriété est expropriée.

Si l’article 35 de la *Loi sur les Indiens* permet de retirer à des terres leur qualité de terres de réserve, est-ce que le décret fédéral 1957-577, en vertu duquel les terres ont été transférées, a eu cet effet sur les terres en cause, de sorte qu’elles ne sont

188

189

190

they are not assessable and taxable by the Osoyoos Indian Band? — in the affirmative.

pas évaluables et imposables par la bande indienne d'Osoyoos? Je répondrais par l'affirmative à cette question.

191 I would dismiss the appeal.

Je rejetterais le pourvoi.

Appeal allowed, L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR and BASTARACHE JJ. dissenting.

Pourvoi accueilli, les juges L'HEUREUX-DUBÉ, GONTHIER, MAJOR et BASTARACHE sont dissidents.

Solicitors for the appellant: Mandell Pinder, Vancouver.

Procureurs de l'appelante : Mandell Pinder, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Town of Oliver: Lidstone, Young, Anderson, Vancouver.

Procureurs de l'intimée la ville d'Oliver : Lidstone, Young, Anderson, Vancouver.

Solicitor for the respondent Her Majesty The Queen in Right of the Province of British Columbia: The Ministry of Attorney General, Victoria.

Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine du Chef de la Province de la Colombie-Britannique : Le ministère du Procureur général, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: The Department of Justice, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada : Le ministère de la Justice, Vancouver.

Solicitors for the intervener the Squamish Indian Band: Ratcliff & Company, North Vancouver.

Procureurs de l'intervenante la Bande indienne de Squamish : Ratcliff & Company, North Vancouver.