

T-2287-03
2004 FC 579

T-2287-03
2004 CF 579

Musqueam Indian Band (*Applicant*)

v.

Governor in Council of Canada, Treasury Board of Canada, The Honourable Robert Thibault, Minister of Fisheries and Oceans, Canada Lands Company Limited, Canada Lands Company CLC Limited, City of Richmond, Attorney General of British Columbia and Minister of Indian and Northern Affairs (*Respondents*)

INDEXED AS: MUSQUEAM INDIAN BAND v. CANADA (GOVERNOR IN COUNCIL) (F.C.)

Federal Court, Phelan J.—Vancouver, January 19, 20, 21; Ottawa, April 16, 2004.

Administrative Law — Judicial Review — Injunctions — Applicant Indian Band seeking interlocutory injunction preventing Canada respondents from transferring, disposing of, encumbering property in relation to which Band claiming interest — Application of RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General) test — Duty to negotiate, accommodate constituting serious issue — Loss of right to negotiate, be accommodated constituting irreparable harm — Balance of convenience favouring band, no reason to effect transfer of property before conclusion of judicial review — Application allowed.

Federal Court Jurisdiction — Applicant Indian Band seeking interlocutory injunction preventing Canada respondents from transferring, disposing of, encumbering property in relation to which Band claiming interest — Respondents claiming Court having no jurisdiction to issue interlocutory injunction against Crown, Minister — Crown Liability and Proceedings Act, s. 22 not applying to judicial review proceedings under Federal Courts Act, s. 18 — Court having jurisdiction to issue injunction.

Crown — Real Property — Crown wanting to transfer land to “non-agent” Crown Corporation — Applicant Indian Band claiming interest in land — Canada having responsibility to safeguard interests of natives while at same time acting in best

Bande indienne de Musqueam (*demanderesse*)

c.

Le gouverneur en conseil du Canada, le Conseil du Trésor du Canada, l'honorable Robert Thibault, ministre des Pêches et Océans, la Société immobilière du Canada limitée, la Société immobilière du Canada CLC limitée, la ville de Richmond, le procureur général de la Colombie-Britannique et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (*défendeurs*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM c. CANADA (GOVERNEUR EN CONSEIL) (C.F.)

Cour fédérale, juge Phelan—Vancouver, 19, 20 et 21 janvier; Ottawa, 16 avril 2004.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Injunctions — La bande indienne demanderesse sollicite l'octroi d'une injonction interlocutoire ayant pour effet d'empêcher les défendeurs fédéraux de transférer, d'aliéner ou de grever une propriété à l'égard de laquelle la Bande revendique un droit — Application du critère énoncé dans RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général) — L'obligation de négocier et de composer constitue une question sérieuse — La perte du droit à ce qu'on négocie et compose constitue un préjudice irréparable — La balance des inconvénients penchant en faveur de la Bande, il n'y a aucun motif pour qu'on procède au transfert de la propriété avant l'issue du contrôle judiciaire — Demande accueillie.

Compétence de la Cour fédérale — La bande indienne demanderesse sollicite l'octroi d'une injonction interlocutoire ayant pour effet d'empêcher les défendeurs fédéraux de transférer, d'aliéner ou de grever une propriété à l'égard de laquelle la Bande revendique un droit — Les défendeurs soutiennent que la Cour n'a pas compétence pour délivrer une injonction interlocutoire à l'encontre de la Couronne ou du ministre — L'art. 22 de la Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif ne s'applique pas aux recours en contrôle judiciaire visés à l'art. 18 de la Loi sur les Cours fédérales — La Cour a compétence pour prononcer une injonction.

Couronne — Biens immeubles — La Couronne désire transférer un terrain à une société d'État «non mandataire» — La bande indienne demanderesse revendique un droit sur le terrain — Le Canada a pour responsabilité de protéger

interests of public at large — Monetary compensation not sufficient when relevant considerations jurisdictional in nature — Issues of duty to negotiate, accommodate, loss of right to negotiate, be accommodated, balance of convenience, warranting issuance of injunction.

This was an application for an interlocutory injunction enjoining the respondents, Governor in Council of Canada, Treasury Board of Canada and Minister of Fisheries and Oceans (the Canada respondents) from transferring, disposing of or encumbering property known as the Garden City property in the City of Richmond until the hearing of the judicial review application brought by the Musqueam Indian Band (the Band) challenging the decision to effect a transfer of the Garden City property to Canada Lands Company Limited and Canada Lands Company CLC Limited (Canada Lands). The Band claimed that it had an interest in the Garden City property and that the Government of Canada had a duty to negotiate and accommodate the Band before any land in which it had an interest was alienated. The Canada respondents denied that there was any such interest and denied that it had any such legal duty to negotiate and accommodate. They also argued that the Court had no jurisdiction to issue an interlocutory injunction against it.

Held, the application should be allowed.

In determining whether an injunction should be granted, in addition to considering the tripartite test set forth in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, the Court had to consider the public interest and the presumed legitimacy of the government action in the public interest. Because the relief requested was in part similar to the relief sought in the ultimate disposition of the judicial review, the threshold of “serious question” required somewhat greater scrutiny as to its merits than might otherwise be the case.

As to the first prong of the test (serious issue), it was fairly arguable that the Government of Canada has not engaged in either negotiation or accommodation of the type the applicant said it was required to do. In light of the B.C. Court of Appeal decision in *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project*, the Canada respondents have a responsibility to safeguard the interests of natives. They also have a responsibility to act in the best interests of the public at large. In this case, the Canada respondents could, while ignoring the obligation to consult and accommodate (to the extent that it exists), sell or alienate the very subject-matter of the consultation and accommodation. Also, the B.C. Court of

les intérêts des Autochtones, tout en agissant dans le meilleur intérêt du public — Une indemnisation pécuniaire ne suffit pas lorsque les questions en cause ont trait à la compétence — Les questions de l’obligation de négocier et de composer, de la perte du droit à ce qu’on négocie et compose ainsi que de la balance des inconvénients justifient l’octroi de l’injonction.

Il s’agissait d’une demande d’injonction interlocutoire ayant pour effet d’enjoindre aux défendeurs, le gouverneur en conseil du Canada, le Conseil du Trésor du Canada et le ministre des Pêches et Océans (les défendeurs fédéraux) de ne pas transférer, aliéner ou grever une propriété connue sous le nom de propriété Garden City dans la ville de Richmond jusqu’à l’instruction de la demande de contrôle judiciaire présentée par la bande indienne de Musqueam (la Bande). Celle-ci conteste par cette demande la décision de transférer la propriété Garden City à la Société immobilière du Canada limitée et à la Société immobilière du Canada CLC limitée (société immobilière du Canada). La Bande a soutenu qu’elle disposait d’un droit sur cette propriété et que le gouvernement du Canada était tenu de négocier et de composer avec elle avant d’aliéner des terres sur lesquelles elle avait un droit. Les défendeurs fédéraux ont nié l’existence d’un tel droit et de l’obligation juridique de négocier et de composer. Ils ont également soutenu que la Cour n’avait pas compétence pour délivrer une injonction interlocutoire à leur rencontre.

Arrêt: la demande doit être accueillie.

En vue de décider si une injonction devrait être prononcée, la Cour doit, en plus de se pencher sur le critère en trois volets énoncé dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, tenir compte de l’intérêt public et de la légitimité présumée d’une action prise par le gouvernement dans cet intérêt. Puisque la mesure de redressement sollicitée était en partie semblable à celle qu’on demandait d’octroyer par la décision définitive dans le cadre du contrôle judiciaire, il y avait lieu de se pencher de façon plus approfondie au fond qu’à l’ordinaire sur le seuil requis pour la «question sérieuse» à juger.

Quant au premier élément du critère (la question sérieuse), il était raisonnable de prétendre que le gouvernement canadien n’a pas négocié ni composé avec la demanderesse tel qu’il en était requis selon cette dernière. Compte tenu de la décision *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* de la Cour d’appel de la C.-B., les défendeurs fédéraux ont pour responsabilité de protéger les intérêts des Autochtones. Ils ont aussi pour responsabilité d’agir dans le meilleur intérêt du public. Les défendeurs fédéraux pourraient en l’espèce, en passant outre à l’obligation de consulter et de composer (si tant est qu’elle existe), vendre ou aliéner l’objet même de l’obligation. La Cour d’appel de la C.-B. a aussi

Appeal has made it clear in *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (appeal to the S.C.C. heard in March 2004) that there is a duty to consult and accommodate before any infringement occurs even when issues of title and interest remain to be resolved. For these reasons, the Court concluded that the issue of the duty to negotiate and accommodate was a serious issue, that was live and current.

As to the second prong of the test (irreparable harm), the Court had to consider the true nature of what could be lost. The nature of the harm which would be suffered if the Garden City property was transferred would be the loss of the right to negotiate and be accommodated in respect of that land. If that right is found to exist, the Government of Canada and the Canada respondents in particular would have an obligation to allow the right to be exercised before it transfers the land. It is, effectively, a condition of the exercise of statutory powers to transfer the land. The issue raised went to the jurisdiction of the Canada respondents to act in the manner contemplated. The relevant considerations were public law principles and remedies, which are jurisdictional in nature, not monetary. If the Band's right is to have any meaning, it could not be allowed to be lost on the assumption that monetary compensation would always suffice. Another relevant consideration was the effectiveness of any remedy flowing from a successful judicial review. If the Garden City property is transferred, the quashing of the decision to effect the sale would have little practical result, as rectification was not an assured remedy and the Canada respondents' position supported the view that any transfer is "free and clear" of other obligations (such as the Band's interest). The balance of convenience issue was also dealt with under this heading. The respondents only pointed the Court to a loss of a commercial nature and this type of loss could be addressed through the undertaking which had been ordered as part of the interlocutory injunction. *Soowahlie Indian Band v. Canada (Attorney General)* on which the respondents relied, was distinguished. The legal issue herein was a breach of a condition of jurisdiction to transfer lands (generally not compensable in damages), not a breach of fiduciary duty (usually compensable in damages). Furthermore, unlike the situation in *Soowahlie*, no lands had been set aside in the instant case, and special circumstances justified an injunction. Therefore the Band established irreparable harm.

As to balance of convenience, in addition there was no overriding reason to effect the transfer of the Garden City property before the conclusion of the judicial review, and the

clairement déclaré, dans *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)* (appel instruit par la C.S.C. en mars 2004), qu'il y a obligation de consulter et de composer avant toute atteinte à un titre ou à un droit, même si la question de leur existence demeure toujours à trancher. La Cour a donc conclu que la question de l'obligation de négocier et de composer, en plus d'être sérieuse, constituait une question réelle et actuelle.

Quant au second élément du critère (le préjudice irréparable), la Cour a dû examiner la nature véritable de ce qui pouvait être perdu. La nature du préjudice subi en cas de transfert de la propriété Garden City ce serait la perte du droit à ce qu'on négocie et compose au sujet de ce terrain. Si ce droit était déclaré exister, le gouvernement du Canada et plus particulièrement les défendeurs fédéraux auraient l'obligation, avant de transférer le terrain, d'en permettre l'exercice. C'est là en fait une condition de l'exercice du pouvoir, conféré par la loi, de transférer le terrain. La question soulevée mettait en cause la compétence des défendeurs fédéraux à agir de la manière envisagée. Les principes et recours applicables étaient ceux du droit public; la nature de la question, plutôt que d'être pécuniaire, était alors liée à la compétence. Si on veut que le droit de la Bande ait un sens, on ne peut permettre qu'il soit perdu en présumant qu'une indemnisation pécuniaire suffira dans tous les cas. Il fallait également tenir compte de l'efficacité de tout redressement obtenu dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Si la propriété Garden City était transférée, l'annulation de la décision de procéder à la vente serait de peu d'effet pratique, puisqu'il n'est pas assuré que la rectification constitue une mesure de redressement valable et puisque la position des défendeurs fédéraux permet de faire valoir que tout transfert est « franc et quitte » d'autres obligations (comme le droit de la Bande). On a également traité de la question de la prépondérance des inconvénients sous cette rubrique. Les défendeurs n'ont fait état à la Cour d'aucun type de perte autre que de nature commerciale, et ce type de perte peut être pris en compte au moyen de l'engagement qu'on a ordonné de prendre dans l'injonction interlocutoire. Une distinction est établie d'avec l'affaire *Bande indienne de Soowahlie c. Canada (Procureur général)* que les défendeurs ont fait valoir. La question de droit en cause en l'espèce concernait la violation d'une condition requise de la compétence pour transférer des terres (qui ne peut habituellement donner lieu à indemnisation), et non la violation d'une obligation fiduciaire (qui peut habituellement être indemnisée par des dommages-intérêts). Contrairement à la situation dans *Soowahlie*, en outre, aucun terrain n'avait été réservé en l'espèce et des circonstances particulières justifiaient l'injonction. La Bande a donc démontré l'existence d'un préjudice irréparable.

Quant à la prépondérance des inconvénients, il n'y avait en outre aucun motif pour procéder au transfert de la propriété Garden City avant l'issue du contrôle judiciaire, et des mesures

potential harm to the respondents of any injunction could be effectively addressed.

With regard to the Canada respondents' argument that the Court had no jurisdiction to issue an injunction against them, *Paul v. Canada*, on which the respondents relied, along with the *Crown Liability and Proceedings Act*, does not apply to a proceeding under section 18 of the *Federal Courts Act*. *Paul* held that an interlocutory injunction would not issue where the defendant in an action is the Crown or a Minister where the challenge is on constitutional grounds. The present case was neither a constitutional nor a Charter challenge. Furthermore, judicial review is not a proceeding against the Crown but a challenge to decisions of a "federal board, commission or other tribunal" and the Canada respondents fell into this class of body. It would have been inconsistent to have established, on the one hand, a detailed scheme for the review of the exercise of statutory powers and to enshrine effective remedies, including injunctive relief under the *Federal Courts Act*, and, on the other hand, have it rendered nugatory by the *Crown Liability and Proceedings Act*. In view of the legislative history of section 18 of the *Federal Courts Act*, and its enactment subsequent to section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, Parliament intended to address different matters under section 18 than those found in actions against the Crown. Therefore, the Court had jurisdiction to issue an interlocutory injunction with respect to the Canada respondents.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

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

Crown Liability and Proceedings Act, R.S.C., 1985, c. C-50, ss. 1 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 21), 22(1) (as am. *idem*, s. 28).

Federal Courts Act, R.S.C., 1985, c. F-7, ss. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14), 2(1) "federal board, commission or other tribunal" (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1), 17 (as am. *idem*, s. 3), 18 (as am. *idem*, s. 4; 2002, c. 8, s. 26).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General), [1994] 1 S.C.R. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54

pouvaient être prises pour atténuer tout préjudice éventuellement causé aux défendeurs par une injonction.

Les défendeurs fédéraux ont soutenu que la Cour n'avait pas compétence pour délivrer à leur rencontre une injonction interlocutoire, en faisant valoir la décision *Paul c. Canada* ainsi que la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, or cette décision et cette loi ne sont pas applicables à un recours en vertu de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. On a statué dans *Paul* qu'il n'y a pas lieu d'accorder une injonction interlocutoire lorsque le défendeur est la Couronne ou un ministre et qu'on fait valoir dans l'action des moyens constitutionnels. Il ne s'agissait en l'espèce ni d'une contestation constitutionnelle ni d'une contestation fondée sur la Charte. En outre, le contrôle judiciaire n'est pas un recours contre la Couronne, mais vise plutôt à contester la décision d'un «office fédéral» et les défendeurs fédéraux étaient un tel type d'organisme. Il serait incohérent que le législateur, d'un côté, ait conçu un mécanisme détaillé pour contrôler l'exercice de pouvoirs conférés par la loi et ait prévu des mesures de redressement efficaces, dont l'injonction, dans la *Loi sur les Cours fédérales* et, d'un autre côté, ait rendu le tout inefficace par les dispositions de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*. Étant donné le contexte législatif de l'article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et son adoption postérieure à celle de l'article 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, le législateur entendait viser par l'article 18 autre chose que les actions intentées contre la Couronne. La Cour avait donc compétence pour prononcer une injonction interlocutoire contre les défendeurs fédéraux.

LOIS ET RÈGLEMENTS

Charte canadienne des droits et libertés, qui constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44].

Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif, L.R.C. (1985), ch. C-50, art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21), 22(1) (mod., *idem*, art. 28; 2001, ch. 4, art. 46).

Loi sur les Cours fédérales, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14), 2(1) «office fédéral» (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1), 17 (mod., *idem*, art. 3), 18 (mod. *idem*, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26).

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général), [1994] 1 R.C.S. 311; (1994), 111 D.L.R. (4th) 385; 54

C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* (2002), 211 D.L.R. (4th) 89; [2002] 4 W.W.R. 19; 98 B.C.L.R. (3d) 16; 163 B.C.A.C. 164; 43 C.E.L.R. (N.S.) 169; [2002] 2 C.N.L.R. 312; 91 C.R.R. (2d) 260 (C.A.); *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2002] 6 W.W.R. 243; 99 B.C.L.R. (3d) 209; 164 B.C.A.C. 217; 44 C.E.L.R. (N.S.) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 121 (C.A.); *Mundle v. Canada* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 69; 85 F.T.R. 258 (F.C.T.D.).

DISTINGUISHED:

Soowahlie Indian Band v. Canada (Attorney General) (2001), 209 D.L.R. (4th) 677 (F.C.A.); affg *Soowahlie Indian Band v. Canada (Attorney General)*, 2001 FCT 1334; [2001] F.C.J. No. 1846 (T.D.) (QL); *Paul v. Canada* (2002), 219 F.T.R. 275 (F.C.T.D.).

REFERRED TO:

R. v. Sparrow, [1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; [2000] 3 C.N.L.R. 153; 137 O.A.C. 201 (Ont. C.A.); leave to appeal to S.C.C. refused [2000] S.C.C.A. No. 264 (QL).

APPLICATION for an interlocutory injunction enjoining the Governor in Council of Canada, Treasury Board of Canada and Minister of Fisheries and Oceans from transferring, disposing of or encumbering property until the hearing of this judicial review application. Application allowed.

APPEARANCES:

Maria A. Morellato and *Roy W. Millen* for applicant.

Harry J. Wruck, Q.C. and *Alexander J. Semple* for respondents Governor in Council of Canada, Treasury Board of Canada, The Honourable Robert Thibault, Minister of Fisheries and Oceans and Minister of Indian and Northern Affairs.

Simon B. Margolis for respondents Canada Lands Company Limited and Canada Lands Company CLC Limited.

Reece Harding for respondent City of Richmond.

C.P.R. (3d) 114; 164 N.R. 1; 60 Q.A.C. 241; *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* (2002), 211 D.L.R. (4th) 89; [2002] 4 W.W.R. 19; 98 B.C.L.R. (3d) 16; 163 B.C.A.C. 164; 43 C.E.L.R. (N.S.) 169; [2002] 2 C.N.L.R. 312; 91 C.R.R. (2d) 260 (C.A.); *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2002] 6 W.W.R. 243; 99 B.C.L.R. (3d) 209; 164 B.C.A.C. 217; 44 C.E.L.R. (N.S.) 1; [2002] 2 C.N.L.R. 121 (C.A.); *Mundle c. Canada* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 69; 85 F.T.R. 258 (C.F. 1^{re} inst.).

DISTINCTION FAITE D'AVEC:

Bande indienne de Soowahlie c. Canada (Procureur général) (2001), 209 D.L.R. (4th) 677 (C.A.F.); conf. *Bande indienne de Soowahlie c. Canada (Procureur général)*, 2001 CFPI 1334; [2001] A.C.F. n° 1846 (1^{re} inst.) (QL); *Paul c. Canada* (2002), 219 F.T.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.).

DÉCISIONS CITÉES:

R. c. Sparrow, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403; [2000] 3 C.N.L.R. 153; 137 O.A.C. 201 (C.A. Ont.); autorisation d'appel à la C.S.C. rejetée [2000] S.C.C.A. n° 264 (QL).

DEMANDE d'injonction interlocutoire ayant pour effet d'enjoindre au gouverneur en conseil du Canada, au Conseil du Trésor du Canada et au ministre des Pêches et Océans de ne pas transférer, aliéner ou grever une propriété jusqu'à l'instruction de la présente demande de contrôle judiciaire. Demande accueillie.

ONT COMPARU:

Maria A. Morellato et *Roy W. Millen* pour la demanderesse.

Harry J. Wruck, c.r. et *Alexander J. Semple* pour le gouverneur en conseil du Canada, le Conseil du Trésor du Canada, l'honorable Robert Thibault, ministre des Pêches et Océans et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, défendeurs. *Simon B. Margolis* pour la Société immobilière du Canada limitée et la Société immobilière du Canada CLC limitée, défenderesses.

Reece Harding pour la ville de Richmond, défenderesse.

No one appearing for respondent Attorney General of British Columbia.

Personne n'a comparu au nom du procureur général de la Colombie-Britannique, défendeur.

SOLICITORS OF RECORD:

Blake, Cassels & Graydon LLP, Vancouver, for applicant.

Deputy Attorney General of Canada for respondents Governor in Council of Canada, Treasury Board of Canada, The Honourable Robert Thibault, Minister of Fisheries and Oceans and Minister of Indian and Northern Affairs.

Bull, Housser and Tupper, Vancouver, for respondents Canada Lands Company Limited and Canada Lands Company CLC Limited.

Lidstone, Young, Anderson, Vancouver, for respondent City of Richmond.

Ministry of the Attorney General of British Columbia, Victoria, for respondent Attorney General of British Columbia.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Blake, Cassels & Graydon LLP, Vancouver, pour la demanderesse.

Le sous-procureur général du Canada pour le gouverneur en conseil du Canada, le Conseil du Trésor du Canada, l'honorable Robert Thibault, ministre des Pêches et Océans et le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, défendeurs.

Bull, Housser and Tupper, Vancouver, pour la Société immobilière du Canada limitée et la Société immobilière du Canada CLC limitée, défenderesses.

Lidstone, Young, Anderson, Vancouver, pour la ville de Richmond, défenderesse.

Ministère du procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria, pour le procureur général de la Colombie-Britannique, défendeur.

The following are the reasons for order rendered in English by

Ce qui suit est la version française des motifs de l'ordonnance rendus par

PHELAN J.:

LE JUGE PHELAN:

Overview

Aperçu

[1] These are the reasons for this Court's order dated January 26, 2004, enjoining the respondents, Governor in Council, Treasury Board of Canada, the Honourable Robert Thibault, Minister of Fisheries and Oceans (known in the order as the "Canada respondents") from transferring, disposing of or encumbering property known as the Garden City property in the City of Richmond until the hearing of this judicial review application.

[1] Je vais exposer les motifs de l'ordonnance de la Cour datée du 26 janvier 2004 et enjoignant aux défendeurs, le gouverneur en conseil du Canada, le Conseil du Trésor et l'honorable Robert Thibault, ministre des Pêches et Océans (désignés les «défendeurs fédéraux» dans l'ordonnance), de ne pas transférer, aliéner ou grever une propriété connue sous le nom de propriété Garden City dans la ville de Richmond jusqu'à l'instruction de la présente demande de contrôle judiciaire.

[2] The decision on the injunction application had to be rendered quickly as the Canada respondents advised that they would not extend time to consider this injunction motion beyond the close of business January 26, 2004. Due to the urgent nature of the proceeding and in order to ensure that everything which may be relevant was before the Court, the Court exercised its discretion to admit certain evidence late in the hearing. That

[2] Il fallait rendre rapidement la décision relative à la demande d'injonction, les défendeurs fédéraux ayant laissé savoir qu'ils ne prolongeraient pas au-delà de l'heure de fermeture des bureaux le 26 janvier 2004, avant d'agir, le délai d'examen de cette demande. Étant donné le caractère urgent de la procédure et pour s'assurer d'être saisie de tout élément pertinent, la Cour a exercé son pouvoir discrétionnaire et admis certains

material was not critical to what had to be decided on this hearing.

[3] The application required three days to argue. Despite provision being made for cross-examination on affidavits, no cross-examinations were held. The evidence of each party remains unchallenged but at times conflicting, particularly as to the nature and content of negotiations (if any).

[4] The respondents raised various issues in their response to this application, including issues related to the Court's jurisdiction to grant injunctive relief, the Court's jurisdiction over Canada Lands Company Limited and Canada Lands Company CLC Limited (collectively referred to as "Canada Lands"), as well as the proper status of the City of Richmond (Richmond) as a party respondent (in fact the issue may be who are the proper parties) and whether this was a matter which should be treated as an action.

[5] The objections were raised, not by way of motion but in the response submissions. Having chosen to proceed in this manner, I concluded that the respondents were not entitled to reply to the reply of the applicant.

[6] With respect to these preliminary matters, the Court dealt substantively only with the Court's jurisdiction to issue an injunction since a conclusion on that issue was necessary to dispose of the motion for injunctive relief. The remaining issues may be dealt with at another time. On some of the preliminary issues, there was also insufficient record on which to make a final determination, no doubt due to the speed with which this matter had to be dealt.

Background

[7] The applicant Musqueam Indian Band (the Band) has brought judicial review proceedings firstly challenging the initial decision to dispose of the Garden City property (Court File No. T-1832-02) to unknown

éléments de preuve à une étape tardive de l'instruction. Ceux-ci n'étaient pas essentiels en vue de rendre la décision à trancher.

[3] La demande a nécessité trois jours de plaidoirie. Quoiqu'il aurait été possible de contre-interroger les auteurs d'affidavits, les parties ne l'ont pas fait. La preuve de chacune des parties n'a pas été contestée mais elle est parfois contradictoire, particulièrement quant à la nature et à la portée des négociations (s'il doit y en avoir).

[4] Les défendeurs ont soulevé diverses questions en réplique à la présente demande, touchant notamment le pouvoir de la Cour de décerner une injonction, sa compétence à l'égard de la Société immobilière du Canada limitée et de la Société immobilière du Canada CLC limitée (collectivement désignées «Société immobilière du Canada»), la qualité ou non de défenderesse de la ville de Richmond (Richmond) (la question à trancher pourrait en fait être celle des parties ayant véritablement qualité pour agir) et la question de savoir s'il y a lieu ou non de procéder par voie d'action.

[5] Les objections ont été soulevées non au moyen d'une requête mais parmi les arguments présentés en réponse. Cette voie ayant été adoptée, j'ai conclu que les défendeurs n'avaient pas le droit de répliquer à la réponse de la demanderesse.

[6] Pour ce qui est de ces questions préliminaires, la Cour ne s'est prononcée sur le fond que sur son pouvoir d'accorder une injonction, une conclusion à cet égard étant nécessaire pour disposer de la demande d'injonction. Les autres questions pouvaient être tranchées à un autre moment. Il n'y avait pas non plus assez d'éléments pour rendre une décision définitive relativement à certaines des questions préliminaires, sans doute en raison de la rapidité avec laquelle il a fallu régler l'affaire.

Contexte

[7] La bande indienne de Musqueam demanderesse (la Bande) a d'abord présenté une demande de contrôle judiciaire pour contester la décision initiale de céder la propriété Garden City (dossier de la Cour n° T-1832-02)

purchasers. The Band then brought these judicial review proceedings, challenging the subsequent decision to effect a transfer of the lands to Canada Lands.

[8] The Garden City property, presently held by the Department of Fisheries and Oceans, is a piece of land encompassing approximately 136 acres, situated in downtown Richmond. The evidence confirms that it is of considerable commercial value as evidenced by the affidavit of an official of the City of Richmond.

[9] The Garden City property is said to be within what the Band claims is "Musqueam territory", close to its small Indian reserve and very close to a traditional Musqueam settlement predating European settlement.

[10] The applicant claimed that they had, for approximately 10 years, attempted to protect the Garden City property from alienation. Until now, these efforts have been successful.

[11] The latest effort by officials of the Government of Canada is to transfer the land to Canada Lands Company (CLC), a "non-agent" Crown corporation which takes the position that it is not bound by any fiduciary or constitutional obligations owed to the Band by the Crown.

[12] It is important to note that there is almost no land within the Musqueam territory which is available for treaty settlement purposes. Specifically, there is no indication that the Government of Canada has set aside other lands to be available for negotiation purposes if the Garden City property is transferred, despite the government's contention that such available land exists.

[13] The Band claims that it has an interest in the Garden City property, that its rights in the general area have been recognized by the Supreme Court of Canada in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 and that the Government of Canada has a duty to negotiate and accommodate the Band before any land in which it has an interest is alienated.

à des acquéreurs inconnus. La Bande a ensuite intenté le présent recours en contrôle judiciaire pour contester la décision subséquente de transférer le terrain à Société immobilière du Canada.

[8] La propriété Garden City, actuellement détenue par le ministère des Pêches et des Océans, est un lopin de terre d'environ 136 acres situé au centre de la ville de Richmond. La preuve révèle que la valeur commerciale en est considérable, comme en fait foi l'affidavit d'un fonctionnaire de la ville de Richmond.

[9] La propriété Garden City est censée faire partie de ce que la Bande prétend être le «territoire des Musqueams», près de la petite réserve indienne et très près du lieu de peuplement traditionnel des Musqueams, de date antérieure à la colonisation européenne.

[10] La demanderesse a soutenu avoir tenté, pendant environ dix ans, d'empêcher l'aliénation de la propriété Garden City. Elle y a réussi à ce jour.

[11] Des fonctionnaires du gouvernement du Canada ont plus récemment tenté, pour leur part, de transférer le terrain à Société immobilière du Canada (CLC), une société d'État «non mandataire» qui soutient n'être liée par aucune obligation fiduciaire ou constitutionnelle de la Couronne envers la Bande.

[12] Il importe de noter qu'il n'y a pratiquement aucun terrain dans le territoire des Musqueams qui puisse faire l'objet d'un règlement pour droits issus de traité. Plus précisément, rien n'indique que le gouvernement du Canada, malgré ses prétentions, a prévu que d'autres terres pouvaient faire l'objet de négociations en cas de transfert de la propriété Garden City.

[13] La Bande soutient qu'elle dispose d'un droit sur cette propriété, que la Cour suprême du Canada a reconnu ses droits dans la région dans *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075 et que le gouvernement du Canada est tenu de négocier et de composer avec la Bande avant d'aliéner des terres sur lesquelles elle a un droit.

[14] The Canada respondents deny that there is any such interest, denies that it has any such legal duty to negotiate and accommodate and further says that it has made every effort to consult with the Band but the Band has been unresponsive.

[15] There are significant factual differences between the parties and absent any cross-examination, the strengths and weaknesses of the competing contentions cannot be discerned.

[16] However, what can be discerned is that the Band claims not only an interest in the land, but that the land has unique importance to it. That claim is supported by affidavit evidence.

[17] It is also clear that the Band and the Canada respondents take a very different view of what obligations are owed and whether these obligations have been met. Any meaningful negotiations appear to have stopped, if they were even commenced.

[18] Given the position taken by the Canada respondents, it is arguable, therefore, that they have not met that obligation to negotiate and accommodate, at least on a preliminary view of the untested evidence.

[19] However, there has been some recognition by the Government of Canada that the Band does have a claim of aboriginal title in parts of the lower mainland of British Columbia.

[20] Counsel for the Canada respondents confirmed to the Court that the closing date of January 26, 2004 was an arbitrary date. There was no particularly compelling reason for that date other than the need to end the delay in dealing with the property and concerns for the proper administration of government assets.

Analysis

[21] The parties are all in agreement that the applicant must satisfy the tripartite test set forth in *RJR—MacDonald Inc. v. Canada (Attorney General)*, [1994] 1 S.C.R. 311, at page 334.

[14] Les défendeurs fédéraux nient l'existence d'un tel droit et de l'obligation juridique de négocier et de composer. Ils ajoutent n'avoir ménagé aucun effort pour consulter la Bande, mais que celle-ci a fait la sourde oreille.

[15] Il y a des différences considérables entre les faits présentés par l'une et l'autre partie et, en l'absence de tout contre-interrogatoire, on ne peut discerner les forces et les faiblesses des prétentions concurrentes.

[16] Ce qu'on peut toutefois discerner, c'est que la Bande prétend non seulement disposer d'un droit sur le terrain, mais que celui-ci a pour elle une importance unique. La preuve par affidavit étaye cette prétention.

[17] Il est également clair que la Bande et les défendeurs fédéraux ont des opinions très divergentes quant aux obligations qui existent et quant au respect de ces obligations. Si tant est que des négociations ont été engagées, toute négociation valable semble avoir désormais cessé.

[18] Il est ainsi possible de soutenir, étant donné la position avancée par les défendeurs fédéraux, que ceux-ci ne se sont pas acquittés de leur obligation de négocier et de composer avec la Bande, du moins après examen préliminaire de la preuve inédite.

[19] Il y a toutefois eu une certaine reconnaissance par le gouvernement du Canada du fait que la Bande peut revendiquer le titre aborigène à l'égard de parties des basses-terres continentales de la Colombie-Britannique.

[20] Les avocats des défendeurs fédéraux ont confirmé à la Cour que la date limite du 26 janvier 2004 avait un caractère arbitraire. Le choix de cette date ne reposait sur aucun motif particulièrement impérieux, mis à part la nécessité de finir par s'occuper de la propriété et le souci de bien administrer des biens de l'État.

Analyse

[21] Toutes les parties conviennent que la demanderesse doit satisfaire au critère en trois volets énoncé dans *RJR—MacDonald Inc. c. Canada (Procureur général)*, [1994] 1 R.C.S. 311, à la page 334.

[22] In addition to the usual factors to be considered, even though this is not a constitutional case, I conclude that the Court must consider the public interest and the presumed legitimacy of the government action in the public interest.

[23] Further, because the relief requested is in part similar to the relief sought in the ultimate disposition of the judicial review, the threshold of “serious question” requires somewhat greater scrutiny as to its merits than might otherwise be the case.

Serious Issue

[24] The essence of the Band's case is described in its memorandum of fact and law as follows:

9. What Musqueam is pursuing in this proceeding is an opportunity for good faith negotiations and a sincere effort on the part of the Crown to accommodate their rights and interests relating to the Garden City property. They seek this opportunity before any transfer of the lands, to CLC or otherwise occurs. This is the basis for their request for interlocutory relief.

[25] The plea is, as I understand it, analogous to a demand for “good faith” bargaining in the labour context but complicated by principles of fiduciary duty owed the natives generally and principles of public law and the jurisdiction of the Canada respondents.

[26] Reviewing the facts established by the applicant and as mentioned in paragraph 18, it is fairly arguable that the Government of Canada has not engaged in either negotiation or accommodation of the type which the applicant says it is required to do.

[27] The critical issue as per paragraph 23, is whether there is a sufficiently serious issue as to whether such duty to negotiate and accommodate exists.

[28] In *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, at paragraphs 173 and 193, the British Columbia Court of

[22] Je conclus qu'en plus des facteurs habituels devant être examinés, même s'il ne s'agit pas ici d'une affaire constitutionnelle, la Cour doit tenir compte de l'intérêt public et de la légitimité présumée d'une action prise par le gouvernement dans cet intérêt.

[23] En outre, puisque la mesure de redressement sollicitée est semblable en partie à celle qu'on demande d'octroyer par la décision définitive dans le cadre du contrôle judiciaire, il y a lieu de se pencher de façon plus approfondie au fond qu'à l'ordinaire sur le seuil requis pour la «question sérieuse» à juger.

Question sérieuse

[24] L'essentiel de l'argumentation de la Bande est décrit comme suit dans son mémoire des faits et du droit:

[TRADUCTION]

9. Ce que la bande de Musqueam vise dans la présente instance c'est d'avoir l'occasion de négocier de bonne foi et d'obtenir que la Couronne s'efforce sincèrement de composer au sujet de ses droits et intérêts sur la propriété Garden City. La bande cherche à obtenir cette occasion avant que le terrain soit transféré à CLC ou à quelqu'un d'autre. C'est là le fondement de sa demande d'injonction.

[25] Cela ressemble, si je comprends bien, à une demande de négociation de «bonne foi» en contexte de relations de travail, rendue plus complexe par les principes généraux de l'obligation fiduciaire envers les Autochtones, les principes de droit public et la question de la compétence des défendeurs fédéraux.

[26] Après examen des faits établis par la demanderesse et comme il est mentionné au paragraphe 18, il est raisonnable de prétendre que le gouvernement canadien n'a ni négocié ni composé avec la demanderesse tel qu'il en est requis selon cette dernière.

[27] La question essentielle, eu égard au paragraphe 23, est celle de savoir si constitue une question suffisamment sérieuse celle de l'existence ou non de pareille obligation de négocier et de composer.

[28] Dans *Taku River Tlingit First Nation v. Tulsequah Chief Mine Project* (2002), 211 D.L.R. (4th) 89, aux paragraphes 173 et 193, la Cour d'appel de la

Appeal set out the existence and nature of the duty owed:

To accept the Crown's proposition that the obligation to consult is only triggered when an aboriginal right has been established in court proceedings would ignore the substance of what the Supreme Court has said, not only in *Sparrow* but in earlier decisions which have emphasized the responsibility of government to protect the rights of Indians arising from the special trust relationship created by history, treaties and legislation. . . . Indeed, if the Crown's proposition was accepted, it would have the effect of robbing s. 35 (1) of much of its constitutional significance.

...

In my opinion, the jurisprudence supports the view taken by the chambers judge that, prior to the issuance of the Project Approval Certificate, the Minister of the Crown had to be "mindful of the possibility that their decision might infringe aboriginal rights" and, accordingly, to be careful to ensure that the substance of Tlingit's concerns had been addressed.

[29] The Canada respondents, therefore, have a responsibility to safeguard the interests of natives, which the Band says it is not doing.

[30] The Canada respondents also have a competing obligation to act in the best interests of the public at large which may entail engaging in tough negotiations. The balancing of these competing obligations is no easy matter and will be an issue for determination on the judicial review hearing.

[31] In 2002, the British Columbia Court of Appeal gave further guidance on the nature of the obligations owed. In *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2002] 6 W.W.R. 243 (the case is sometimes known as *Haida #2*), that Court defined the issue it was considering as [at paragraph 1]:

The principal issue in this appeal is about whether there is an obligation on the Crown and on third parties to consult with an aboriginal people who have specifically claimed aboriginal title or aboriginal rights, about potential infringements, before the aboriginal title or rights have

Colombie-Britannique s'est prononcée comme suit sur l'existence et la nature de l'obligation:

[TRADUCTION] Souscrire à la prétention de la Couronne, selon laquelle l'obligation de consulter n'est déclenchée que lorsqu'on a établi l'existence d'un droit ancestral dans une instance, ce serait faire abstraction de l'essence des déclarations de la Cour suprême non seulement dans *Sparrow* mais aussi dans des décisions antérieures, alors qu'elle a insisté sur l'obligation incombant au gouvernement de protéger les droits des Indiens en raison de la relation fiduciaire particulière créée par l'histoire, les traités et les lois [. . .] Si on souscrivait à cette prétention, de fait, le paragraphe 35(1) verrait de beaucoup réduite sa portée constitutionnelle.

[. . .]

La jurisprudence va dans le même sens à mon avis que le juge en chambre, selon lequel, avant de délivrer le certificat d'approbation de projet, le ministre devait «tenir compte de la possibilité que cette décision enfreigne des droits ancestraux» et veiller à s'assurer, par conséquent, de la prise en compte de l'essentiel des préoccupations des Tlingits.

[29] Les défendeurs fédéraux ont donc pour responsabilité de protéger les intérêts des Autochtones, une obligation dont selon la Bande, ils ne seraient pas acquittés.

[30] Les défendeurs fédéraux ont toutefois l'obligation concurrente d'agir dans le meilleur intérêt du public, ce qui peut nécessiter d'engager des négociations serrées. Il n'est pas facile de mettre en balance ces obligations concurrentes, et cette question devra être tranchée dans le cadre du contrôle judiciaire.

[31] En 2002, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a donné des précisions quant à la nature des obligations en cause. Dans *Haida Nation v. British Columbia (Minister of Forests)*, [2002] 6 W.W.R. 243 (affaire parfois désignée sous le nom de *Haida #2*), la Cour d'appel a décrit comme suit la question dont elle avait à connaître [au paragraphe 1]:

[TRADUCTION] La principale question en litige dans le présent appel, c'est celle de savoir si la Couronne et des tiers ont l'obligation de consulter des Autochtones qui ont revendiqué expressément un titre aborigène ou des droits ancestraux en regard d'atteintes éventuelles à ce titre ou à ces

been determined by a Court of competent jurisdiction.

[32] The B.C. Court of Appeal held that this was an important issue because the Crown could otherwise ignore or override aboriginal title or aboriginal rights until those had been established by treaty or judgment.

[33] Likewise in this case, the Canada respondents could while ignoring the obligation to consult and accommodate (to the extent that it exists), sell or alienate the very subject-matter of the consultation and accommodation.

[34] The B.C. Court of Appeal also found that the obligation to consult emanated from the trust-like relationship which exists between the Crown and the aboriginal people.

[35] The B.C. Court of Appeal further made it clear that there is duty to consult and accommodate before any infringement occurs even when issues of title and interest remain to be resolved.

[36] The respondents rely on *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (Ont. C.A.) (leave to appeal to the Supreme Court was dismissed [[2000] S.C.C.A. No. 264 (QL)]) to argue that the duty to negotiate and accommodate does not arise until an infringement is found.

[37] The appeal in *Haida #2*, was heard by the Supreme Court of Canada in March 2004.

[38] I, therefore, conclude that the applicant has more than established that the issue of the duty to negotiate and accommodate is a serious issue; that is live and current.

[39] The fact that the Supreme Court is considering the issue does not, *per se*, entitle the applicant to an injunction nor does it justify waiting for that Court's decision, the results of which are speculative. It does,

droits avant qu'un tribunal compétent ne se soit prononcé à leur sujet.

[32] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu que c'était là une question importante, puisque la Couronne pouvait, si on en faisait abstraction, passer outre à un titre aborigène ou à des droits ancestraux ou y déroger avant que ceux-ci aient été établis par traité ou par jugement.

[33] Les défendeurs fédéraux pourraient de même en l'espèce, en passant outre à l'obligation de consulter et de composer (si tant est qu'elle existe), vendre ou aliéner l'objet même de l'obligation.

[34] La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a également conclu que l'obligation de consulter découle de la relation de type fiduciaire qui existe entre la Couronne et les Autochtones.

[35] La Cour d'appel a aussi clairement déclaré qu'il y a obligation de consulter et de composer avant toute atteinte à un titre ou à un droit, même si la question de leur existence demeure toujours à trancher.

[36] Les défendeurs se fondent sur *TransCanada Pipelines Ltd. v. Beardmore (Township)* (2000), 186 D.L.R. (4th) 403 (C.A. Ont.) (autorisation d'interjeter appel devant la Cour suprême rejetée [[2000] S.C.C.A. n° 264 (QL)]) pour faire valoir que l'obligation de négocier et de composer n'existe qu'une fois tirée une conclusion d'atteinte.

[37] La Cour suprême du Canada a instruit en mars 2004 l'appel interjeté dans *Haida #2*.

[38] Je conclus donc que la demanderesse a démontré qu'en plus de constituer une question sérieuse, la question de l'obligation de négocier et de composer constitue une question réelle et actuelle.

[39] Le fait que la Cour suprême examine la question ne confère pas, en soi, le droit à la demanderesse à une injonction, ni ne justifie d'attendre que la Cour suprême rende sa décision, dont l'issue est incertaine. Cela aide

however, assist in establishing, sufficient for purposes of his injunction with the degree of scrutiny required, that the issues raised in this case are fairly arguable.

Irreparable Harm

[40] Having concluded that a serious issue exists, the applicant must also establish that irreparable harm will result if the Garden City property is transferred.

[41] The Court must consider not the magnitude of the harm, but the “nature of the harm” which will be caused.

[42] While money can be paid as compensation for anything, including loss of life, the mere fact that compensation can be ordered does not resolve the issue. The Court must consider the true nature of what may be lost.

[43] The Band contends, as evidenced by the affidavit of Ernest Campbell, Chief of the Band (paragraph 25) that:

The availability of land within our claim area is of vital importance to us. Again, I must repeat that land is crucial to the survival of Musqueam as a distinct people. The payment of a cash settlement is simply not sufficient to wholly replace the loss of our land. Musqueam reserve lands are small and are almost entirely developed. We will need additional land to provide for our people today and into the future. Our current land base is wholly inadequate.

[44] The nature of the harm which would be suffered if the Garden City property is transferred is the loss of the right to negotiate and be accommodated in respect of that land. Once the land is transferred, that right is effectively lost.

[45] If that right exists, as arguably it does, the Government of Canada and the Canada respondents in particular, have an obligation to allow the right to be exercised before it transfers the land. It is, effectively, a condition of the exercise of statutory powers to transfer

toutefois à démontrer, d’une manière suffisante aux fins de l’injonction, le degré d’examen requis étant respecté, qu’il est raisonnable de faire valoir les questions soulevées en l’espèce.

Préjudice irréparable

[40] Une fois conclu qu’il existe une question sérieuse, la demanderesse doit également démontrer que le transfert de la propriété Garden City entraînerait un préjudice irréparable.

[41] La Cour doit examiner non pas l’ampleur mais la «nature» du préjudice qui serait causé.

[42] Il est vrai qu’une compensation pécuniaire peut être versée pour à peu près tout, y compris un décès, mais le simple fait qu’une indemnisation puisse être ordonnée ne règle pas en soi la question. La Cour doit en effet examiner la nature véritable de ce qui peut être perdu.

[43] La Bande soutient ce qui suit, tel qu’en atteste l’affidavit (paragraphe 25) d’Ernest Campbell (le chef de la Bande):

[TRADUCTION] La disponibilité de terres dans la région revendiquée est essentielle pour nous. Je le répète, il est essentiel pour la survie des Musqueams en tant que peuple distinct qu’ils disposent de terres. Le versement d’un règlement en espèces ne suffit tout simplement pas à compenser intégralement la perte de nos terres. Les terres dans la réserve de Musqueam sont d’étendue restreinte et sont presque toutes mises en valeur. Nous requerrons des terres additionnelles pour les besoins actuels et futurs de notre peuple. Notre assise territoriale actuelle est totalement insuffisante.

[44] La nature du préjudice subi en cas de transfert de la propriété Garden City c’est la perte du droit à ce qu’on négocie et compose au sujet de ce terrain. Une fois le terrain transféré, il y a perte de ce droit dans les faits.

[45] Si ce droit existe, tel qu’on peut le soutenir, le gouvernement du Canada et plus particulièrement les défendeurs fédéraux ont l’obligation, avant de transférer le terrain, de permettre que le droit soit exercé. C’est là en fait une condition de l’exercice du pouvoir, conféré

the land. The issue raised goes to the jurisdiction of the Canada respondents to act in the manner contemplated.

[46] This situation is analogous to those where there is requirement for an environment study be done before a permit is issued or for proper notice to be given before a decision is made. The relevant considerations are public law principles and remedies. They are jurisdictional in nature, not monetary.

[47] The appropriate final remedy in those types of situations, as is the case here, can be the quashing of the licence or decision and the steps taken pursuant to the licence or decision. It is not an issue of damages being sufficient.

[48] If the Band's right is to have meaning, it cannot be allowed to be lost on the assumption that "sending a government cheque" would always suffice. It would be too tempting to allow government authorities to ignore these types of conditions to the exercise of power by merely permitting payment of some form of compensation as a substitute for the proper exercise of powers.

[49] The effectiveness of any remedy flowing from a successful judicial review is also a relevant consideration. If the Garden City property is transferred, particularly by Canada Lands to a third party, the quashing of the decision to effect the sale may have little practical result. The Canada respondents and Canada Lands may not be able to restore the situation to its pre-transfer status. Rectification is not an assured remedy.

[50] The Court raised a concern about whether a subsequent purchaser would take the property with notice of the claim by the Band. It appears that a caution (or similar such notice) cannot be deposited with respect to this type of land and claim. Therefore, given the nature of a land titles regime, what rights and obligations flow to the purchaser with respect to the Band's claim is, at the very minimum, clouded.

par la loi, de transférer le terrain. La question soulevée met en cause la compétence des défendeurs fédéraux à agir de la manière envisagée.

[46] La situation ressemble à celle où il faut procéder à une étude sur l'environnement avant de délivrer un permis, ou donner un avis approprié avant de prendre une décision. Les principes et recours applicables sont ceux de droit public. La nature de la question, plutôt que d'être pécuniaire, est alors liée à la compétence.

[47] Le redressement définitif approprié dans ces situations, tout comme en l'espèce, peut être l'annulation du permis ou de la décision ainsi que des mesures prises en vertu du permis ou en application de la décision. L'octroi de dommages-intérêts n'est pas alors suffisant.

[48] Si on veut que le droit de la Bande ait un sens, on ne peut permettre qu'il soit perdu en présumant que «l'envoi d'un chèque par le gouvernement» suffira dans tous les cas. Il serait trop tentant pour l'administration de pouvoir, simplement en versant une indemnité de substitution, laisser de côté ce type de conditions à l'exercice en bonne et due forme de ses pouvoirs.

[49] Il faut également tenir compte de l'efficacité de tout redressement obtenu dans le cadre d'un contrôle judiciaire. Si la propriété Garden City était transférée, et passait particulièrement de Société immobilière du Canada à un tiers, l'annulation de la décision de procéder à la vente pourrait être de peu d'effet pratique. Il se pourrait alors que les défendeurs fédéraux et Société immobilière du Canada ne puissent rétablir la situation telle qu'elle existait avant le transfert. Il n'est donc pas assuré que la rectification constitue une mesure de redressement valable.

[50] La Cour a soulevé la question de savoir dans quelle mesure l'avis de demande de la Bande produirait ses effets à l'égard d'un acquéreur subséquent. Or il semble qu'on ne puisse déposer une opposition (ou un avis semblable) à l'égard d'un terrain et d'une demande du type concerné. Étant donné la nature d'un régime d'enregistrement foncier, par conséquent, il y a à tout le moins incertitude quant aux droits et obligations d'un acheteur eu égard à la demande de la Bande.

[51] It is the position of the Canada respondents and Canada Lands that any obligations owed to the Band are not transferred to a purchaser, even Canada Lands, a corporation owned and controlled by the Government of Canada. Whether that is a correct position in law is an open matter, but that position does support the view that any transfer is irreversible and “free and clear” of other obligations.

[52] The loss of the right to negotiate and to be accommodated is the harm to the Band if an injunction is not granted. The Court has also considered the nature of the harm to the Canada respondents, Canada Lands and the City of Richmond if the injunction is granted.

[53] The issue of competing harm is often an analysis engaged only when a court turns to the issue of balance of convenience. However, for convenience of the ensuing discussion, the issue is also discussed under this heading.

[54] The City of Richmond is added to the consideration because, while it might not ultimately be a respondent in this case, nor will it necessarily be the purchaser, it does stand to earn taxes, fees and other benefits, either from another purchaser or if it retains the lands in whole or in part.

[55] The respondents have not pointed the Court to any form of loss except of a commercial nature; e.g. delay in receipt of proceeds of sale, delay in use of the property. This type of loss can be addressed through the undertaking which was ordered as part of the interlocutory injunction.

[56] The respondents rely on the decision of the Federal Court of Appeal and of Nadon J. (as he then was) of this Court in *Soowahlie Indian Band v. Canada (Attorney General)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 677 (F.C.A.); 2001 FCT 1334; [2001] F.C.J. No. 1846 (QL) (sometimes referred to as the *Commodore* case). With respect, I have concluded that the decisions are

[51] La position des défendeurs fédéraux et de Société immobilière du Canada c'est que nulle obligation envers la Bande n'est transférée à un acheteur, même s'il s'agit de Société immobilière du Canada, une société dont le gouvernement du Canada est propriétaire et dont il assume le contrôle. Le bien-fondé de cette position reste à déterminer en droit, mais celle-ci permet de faire valoir que tout transfert est irréversible et « franc et quitte » d'autres obligations.

[52] Le préjudice pour la Bande, c'est la perte du droit qu'on négocie et compose avec elle dans le cas où une injonction n'est pas délivrée. La Cour a également examiné la nature du préjudice subi par les défendeurs fédéraux, Société immobilière du Canada et la ville de Richmond en cas de délivrance de l'injonction.

[53] Le tribunal procède souvent à l'examen comparatif du préjudice de l'une et l'autre partie uniquement lorsqu'elle se penche sur la question de la prépondérance des inconvénients. Pour la commodité du propos, toutefois, nous traiterons de cette question également sous la présente rubrique.

[54] La ville de Richmond sera également prise en compte aux fins de cet examen parce que, bien qu'en bout de ligne elle puisse ne pas être un défendeur dans l'affaire, ni nécessairement être l'acheteur, il y aura incidence sur l'obtention par elle de taxes, droits et autres avantages, soit s'il y a un autre acheteur, soit si elle conserve le terrain en totalité ou en partie.

[55] Les défendeurs n'ont fait état à la Cour d'aucun type de perte autre que de nature commerciale (comme le retard dans l'obtention du produit de la vente et dans l'utilisation de la propriété). Ce type de perte peut être pris en compte au moyen de l'engagement qu'on a ordonné de prendre dans l'injonction interlocutoire.

[56] Les défendeurs font valoir la décision de la Cour d'appel fédérale et celle du juge Nadon de notre Cour (tel était alors son titre) dans *Bande indienne de Soowahlie c. Canada (Procureur général)* (2001), 209 D.L.R. (4th) 677 (C.F.A.) et 2001 CFPI 1334; [2001] A.C.F. n° 1846 (QL) (qu'on désigne parfois l'affaire *Commodore*). En toute déférence, je conclus que cette

distinguishable both on their facts and on the legal issues before those courts.

[57] As to the legal issues, those courts were dealing with a claim of breach of fiduciary duty whereas the legal issue here is a breach of a condition of jurisdiction to transfer lands. In addition, those decisions predate the B.C. Court of Appeal's decision in *Haida #2*.

[58] The breach of fiduciary duty, such as may occur in respect of the administration of a trust, is usually compensable in damages. The breach of a condition of the exercise of jurisdiction is generally not so compensable; the appropriate remedy being the traditional administrative law remedies.

[59] It is important to note some of the key factual differences between *Soowahlie*, and this case. In *Soowahlie*, *supra*, only a portion of the Canadian Forces Base Chilliwack was at issue; 180 hectares had been set aside for negotiation, such setting aside could be said to effectively address the duty to negotiate and accommodate.

[60] There is no such setting aside of land in this case, there is a denial of the existence of any such obligation and a claim that a purchaser takes the land without any obligations to the Band flowing from the seller to the purchaser.

[61] In *Soowahlie*, the courts found no special factors or special circumstances. In this case, given the basis of the judicial review, the nature of the Band's claim and the inability of the respondents to effectively address the obligations owed to the bands if they were to ultimately be successful, these are factors which justify an injunction.

[62] I, therefore, find that the Band has established irreparable harm of the type necessary to justify the issue of an injunction.

affaire et celle qui nous occupe peuvent être distinguées tant en ce qui concerne les questions de fait que les questions de droit.

[57] Quant aux questions de droit, on faisait valoir dans ces affaires la violation d'une obligation fiduciaire, tandis qu'en l'espèce on invoque la violation d'une condition requise de la compétence pour transférer des terres. Les décisions dans ces affaires, en outre, sont antérieures à la décision de la Cour d'appel dans *Haida #2*.

[58] La violation d'une obligation fiduciaire, du type que peut occasionner l'administration d'une fiducie, peut habituellement être indemnisée par des dommages-intérêts. La violation d'une condition requise à l'exercice d'une compétence ne peut habituellement donner lieu à indemnisation; les mesures de redressement appropriées sont alors traditionnellement celles du droit administratif.

[59] Il importe de relever certaines différences fondamentales entre la situation de fait dans la présente affaire et dans *Soowahlie*. Dans celle-ci, seule une partie de la Base des Forces canadiennes Chilliwack était en cause; on avait réservé 180 hectares à des fins de négociation, ce qu'on pouvait considérer répondre à l'obligation de négocier et de composer.

[60] Il n'y a aucun terrain réservé en l'espèce, on nie l'existence de toute pareille obligation et on soutient qu'en cas de vente du bien-fonds, aucune obligation du vendeur envers la Bande ne passe de ce dernier à l'acheteur.

[61] Dans *Soowahlie*, les cours n'ont conclu en l'existence d'aucun facteur ou circonstance particulier. Il y a toutefois matière à injonction en l'espèce, étant donné le fondement du contrôle judiciaire, la nature de la demande de la Bande et l'incapacité des défendeurs, si la Bande a gain de cause en bout de ligne, de s'acquitter de leurs obligations envers la Bande.

[62] Je conclus, par conséquent, que la Bande a démontré l'existence d'un préjudice irréparable, d'un type requis pour justifier la délivrance d'une injonction.

Balance of Convenience

[63] Most of the factors related to balance of convenience have already been addressed and the balance favours the Band.

[64] There is no overriding reason provided to effect the transfer of the Garden City property before the conclusion of this judicial review.

[65] The length of time that an injunction may be in place is a relevant consideration. The Court has considered that any harm occurring to the respondents can be ameliorated if this judicial review is expedited and an undertaking is in place. To some extent, but only to some extent, the respondents can lessen any loss or inconvenience. The Band cannot be permitted to drag this case out, which I am not suggesting that they have done. Since the judicial reviews can be case managed to ensure a fair but expeditious consideration of the merits, the potential harm to the respondents of any injunction can be effectively addressed.

Remedy

[66] The Canada respondents have argued that this Court has no jurisdiction to issue an interlocutory injunction against them. For authority on this point, these respondents rely on subsection 22(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 28] of the *Crown Liability and Proceedings Act*, R.S.C., 1985, c. C-50 [s. 1 (as am. *idem*, s. 21)]. They also rely on the decision of Justice Lemieux of this Court in *Paul v. Canada* (2002), 219 F.T.R. 275 (F.C.T.D.).

[67] With respect, the decision in *Paul*, held nothing more than that an interlocutory injunction will not generally issue where the defendant in an action is the Crown or a Minister where the challenge is on constitutional grounds. This is because of the presumed validity of constitutional legislation and action. This is neither a constitutional nor a Charter [*Canadian Charter of Rights and Freedoms*, being Part I of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11

Prépondérance des inconvénients

[63] Nous avons déjà traité de la plupart des facteurs liés à la prépondérance des inconvénients, et la balance à cet égard penche en faveur de la Bande.

[64] Aucun motif prépondérant n'a été avancé pour qu'on procède au transfert de la propriété Garden City avant l'issue du présent contrôle judiciaire.

[65] La période pendant laquelle une injonction peut être en vigueur constitue un facteur pertinent. La Cour estime que tout préjudice subi par les défendeurs peut être atténué si l'on accélère le présent recours en contrôle judiciaire et si est pris un engagement. Les demandeurs peuvent dans une certaine mesure, toutefois relative, atténuer toute perte ou tout inconvénient qu'ils pourraient subir. La Bande ne saurait être autorisée à laisser traîner l'affaire en longueur, et je ne veux pas laisser entendre qu'elle l'a fait. Puisqu'il peut y avoir gestion d'instance à l'égard des recours en contrôle judiciaire, pour assurer un examen rapide et équitable sur le fond, des mesures peuvent être prises pour contrer tout préjudice éventuellement causé aux défendeurs par une injonction.

Mesure de redressement

[66] Les défendeurs fédéraux ont soutenu que notre Cour n'a pas compétence pour délivrer à leur encontre une injonction interlocutoire. Ils font valoir à cet égard le paragraphe 22(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 28; 2001, ch. 4, art. 46] de la *Loi sur la responsabilité civile de l'État et le contentieux administratif*, L.R.C. (1985), ch. C-50 [art. 1 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 21)], ainsi que la décision du juge Lemieux de notre Cour dans *Paul c. Canada* (2002), 219 F.T.R. 275 (C.F. 1^{re} inst.).

[67] En toute déférence, on a uniquement statué dans *Paul* qu'il n'y a habituellement pas lieu d'accorder une injonction interlocutoire lorsque le défendeur est la Couronne ou un ministre et qu'on fait valoir dans l'action des moyens constitutionnels. Cela découle de la validité présumée des lois et mesures constitutionnelles. Il ne s'agit en l'espèce ni d'une contestation constitutionnelle ni d'une contestation fondée sur la Charte [*Charte canadienne des droits et libertés*, qui

(U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44]] challenge.

[68] There is a further important distinction in *Paul*; the proceeding was an action under section 17 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 3] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and the *Crown Liability and Proceedings Act*. These proceedings are by way of judicial review under section 18 [as am. *idem*, s. 4; 2002, c. 8, s. 26] of the *Federal Courts Act* [s. 1 (as am. by S.C. 2002, c. 8, s. 14)].

[69] In my view, *Paul*, has no application to a proceeding under section 18 of the *Federal Courts Act*. Judicial review is not a proceeding against the Crown, it is a challenge to decisions (acts or refusals to act) of a “federal board, commission or other tribunal”. Those words are broadly defined in subsection 2(1) [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 1] of the *Federal Courts Act* to encompass any body exercising jurisdiction or powers under a federal statute. The Canada respondents fall into this class of body.

[70] It would have been inconsistent for Parliament to have established, on the one hand, a detailed scheme for the review of the exercise of statutory powers and to enshrine effective remedies, including injunctive relief under the *Federal Courts Act*, and, on the other hand, have it rendered nugatory by the *Crown Liability and Proceedings Act*.

[71] In view of the legislative history of section 18 of the *Federal Courts Act*, its enactment subsequent to section 22 of the *Crown Liability and Proceedings Act*, Parliament intended to address different matters under section 18 of the *Federal Courts Act* than those found in actions against the Crown.

[72] If the Canada respondents were correct, then the Federal Court would have no power (and never had such

constitue la partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]].

[68] Il y a une autre importante distinction à faire d’avec la décision *Paul*; il s’agissait alors d’une action fondée sur l’article 17 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 3] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 et sur la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*. En l’espèce, nous avons affaire à un recours en contrôle judiciaire, en application de l’article 18 [mod., *idem*, art. 4; 2002, ch. 8, art. 26] de la *Loi sur les Cours fédérales* [art. 1 (mod. par L.C. 2002, ch. 8, art. 14)].

[69] À mon avis, la décision *Paul* n’est pas applicable à un recours en vertu de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales*. Le contrôle judiciaire n’est pas un recours contre la Couronne, mais vise plutôt à contester la décision (action ou refus d’agir) d’un «office fédéral». On donne à cette expression une définition large au paragraphe 2(1) [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 1] de la *Loi sur les Cours fédérales*, qui englobe tout organisme exerçant une compétence ou des pouvoirs en vertu d’une loi fédérale. Les défendeurs fédéraux sont un tel type d’organisme.

[70] Il serait incohérent que le législateur, d’un côté, ait conçu un mécanisme détaillé pour contrôler l’exercice de pouvoirs conférés par la loi et ait prévu des mesures de redressement efficaces, dont l’injonction, dans la *Loi sur les Cours fédérales* et, d’un autre côté, ait rendu le tout inefficace par les dispositions de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*.

[71] Étant donné le contexte législatif de l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* et son adoption postérieure à celle de l’article 22 de la *Loi sur la responsabilité civile de l’État et le contentieux administratif*, le législateur entendait viser par l’article 18 de la *Loi sur les Cours fédérales* autre chose que les actions intentées contre la Couronne.

[72] Si la prétention des défendeurs fédéraux était fondée, la Cour fédérale n’aurait pas (et n’aurait

power) to issue stays or interim or interlocutory injunctions no matter how necessary such remedy may be to preserve the status quo until a final decision on the merits. I cannot accept this as a proper reading of the two legislative provisions.

[73] I adopt the reasoning of Strayer J. (as he then was) on this issue as discussed in *Mundle v. Canada* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 69 (F.C.T.D.), at paragraphs 8-10.

[74] Therefore, I conclude that this Court has jurisdiction to issue an interlocutory injunction at least with respect to the Canada respondents.

Conclusion

[75] For these reasons, the order of January 26, 2004 was issued.

jamais eu) le pouvoir d'ordonner un sursis d'instance ou de prononcer une injonction provisoire ou interlocutoire, quelque importance qu'il y ait à préserver le statu quo jusqu'au prononcé de la décision définitive sur le fond. Ce n'est pas là, selon moi, une interprétation valable des deux dispositions législatives concernées.

[73] Je fais mien le raisonnement du juge Strayer (tel était alors son titre) dans *Mundle c. Canada* (1994), 28 Admin. L.R. (2d) 69 (C.F. 1^{re} inst.), aux paragraphes 8 à 10.

[74] Je conclus, par conséquent, que la Cour a compétence pour prononcer une injonction interlocutoire, tout au moins à l'égard des défendeurs fédéraux.

Conclusion

[75] L'ordonnance du 26 janvier 2004 a été décernée pour ces motifs.