

T-2243-93

Edward Anderson, Garnet Woodhouse, Marshall Woodhouse, Robert McLean, Patrick Anderson, Ormand Stagg and George Traverse on their own behalf and on behalf of all members of the Fairford First Nation, a body of Indians described as the Fairford Band and declared to be a band for the purposes of the *Indian Act* by P.C. 1973-3571 (*Plaintiffs*)

v.

The Attorney General of Canada on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada (*Defendant*)

INDEXED AS: FAIRFORD FIRST NATION v. CANADA (ATTORNEY GENERAL) (T.D.)

Trial Division, Rothstein J.—Edmonton, March 6, 7, 1997; Winnipeg, January 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 26, 27, 28, 29, February 4, 17, 18, 19, March 2, 3, 4, 5, 23, 24, 25, 26, 27; Ottawa, November 12, 1998.

*Native peoples — Lands — Indian Band suing Crown Federal for breach of fiduciary duty relating to construction of dam by Manitoba — Dam causing extensive flooding on Indian reserve — Manitoba accepting responsibility for flooding, providing Band with compensation land — Crown refusing to ratify compensation agreement, but accepting transfer of compensation lands — Band not satisfied with compensation land for losses suffered by members — Whether Crown liable for breach of fiduciary duty owed to Band — Plaintiffs' case based on Indian Act, s. 18(1) — Fiduciary duty arising only upon surrender of land to Crown — Defendant in breach of fiduciary duty to Band in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely manner, to consult with Band.*

*Crown — Action for breach of fiduciary duty by Indian Band following construction of dam by Manitoba on Indian Reserve — Band members allegedly suffering loss from breach of fiduciary duties owed to Band — Relying on Indian Act, s. 18(1) to argue defendant breached fiduciary duty in study, planning approval of dam — Case law on fiduciary duty reviewed — Dependency, vulnerability*

T-2243-93

Edward Anderson, Garnet Woodhouse, Marshall Woodhouse, Robert McLean, Patrick Anderson, Ormand Stagg et George Traverse en leur nom personnel et au nom de tous les membres de la Première nation de Fairford, groupe d'Indiens désigné comme étant la bande de Fairford et déclaré être une bande pour l'application de la *Loi sur les Indiens* par le décret C.P. 1973-3571 (*demandeurs*)

c.

Le procureur général du Canada, au nom de Sa Majesté la Reine du chef du Canada (*défendeur*)

RÉPERTORIÉ: PREMIÈRE NATION DE FAIRFORD c. CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) (1<sup>re</sup> INST.)

Section de première instance, juge Rothstein—Edmonton, 6 et 7 mars 1997, Winnipeg, 5, 6, 7, 8, 12, 13, 14, 15, 19, 21, 22, 26, 27, 28 et 29 janvier, 4, 17, 18 et 19 février, 2, 3, 4, 5, 23, 24, 25, 26 et 27 mars; Ottawa, 12 novembre 1998.

*Peuples autochtones — Terres — Une bande indienne a poursuivi la Couronne fédérale par suite de la violation d'une obligation fiduciaire se rapportant à la construction d'un barrage par le Manitoba — Le barrage avait causé de grosses inondations dans la réserve indienne — Le Manitoba avait reconnu être responsable des inondations et avait remis à la bande des terres de remplacement — La Couronne avait refusé de ratifier l'accord d'indemnisation, mais avait accepté le transfert des terres de remplacement — La bande n'était pas satisfaite des terres de remplacement remises par suite des pertes subies par ses membres — La question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande — La cause des demandeurs était fondée sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens — L'obligation fiduciaire ne prenait naissance qu'au moment de la cession des terres en faveur de la Couronne — Le défendeur avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande.*

*Couronne — Action fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire intentée par une bande indienne à la suite de la construction d'un barrage par le Manitoba dans une réserve indienne — Les membres de la bande auraient subi des pertes par suite de la violation d'obligations fiduciaires envers la bande — Les demandeurs se fondaient sur l'art. 18(1) de la Loi sur les Indiens pour soutenir que le*

*requirement indispensable to fiduciary duty — For fiduciary duty to arise, one party must have ceded power to other — No fiduciary duty herein under reasonable expectations, ceding of power-vulnerability approaches — Actions taken by defendant public law duties, not giving rise to fiduciary relationship — Defendant acting in conformity with Indian Act in permitting Manitoba to use Reserve for coffer dam, in obtaining Band Council resolution authorizing such use — Defendant having no discretion, power to control operation of dam — Not breaching fiduciary duty in failing to use provisions of Navigable Waters Protection Act as leverage to exact concessions from Manitoba respecting flooding of Reserve land — Duty of consultation on Crown in questions involving surrenders of reserve land, extending to dispositions of reserve land by defendant under Indian Act, s. 35 — Consultation conducted in 1971 between Indian Affairs, Band Council according with standard of consultation prescribed by S.C.C. — Defendant in breach of fiduciary duty to Band from 1978 to 1984 in failing to address deficiencies of compensation agreement in timely manner, in failing to consult with Band — From September 1984 to February 1986, defendant's actions, except for failure to consult, diligent, consistent with those expected of fiduciary.*

*Practice — Limitation of actions — Six-year limitation period on plaintiffs' claims under The Limitation of Actions Act, s. 2(1)(k) of Manitoba — Claims arising before September 15, 1987 statute-barred — Continuing breach of fiduciary duty argument without merit — Period of limitation to run in respect of each alleged breach — Time beginning to run upon discovery of cause of action — Delay, failures to consult occurring more than six years before statement of claim filed on September 15, 1993 — Issue when plaintiffs, with reasonable diligence, could have discovered causes of action against defendant — Plaintiffs' cause of action for delay between 1978 and September 1984 not statute-barred — Cause of action for failure to consult between September 1984 and February 1986 statute-barred in February 1992.*

*défendeur avait violé son obligation fiduciaire au moment de l'étude, de la planification et de l'approbation du barrage — Examen de la jurisprudence relative à l'obligation fiduciaire — L'exigence relative à la dépendance et à la vulnérabilité est indispensable pour qu'il y ait obligation fiduciaire — Pour qu'une obligation fiduciaire prenne naissance, une partie doit avoir cédé un pouvoir à l'autre — En l'espèce, il n'existait aucune obligation fiduciaire, que ce soit selon l'approche des attentes raisonnables ou selon l'approche de la cession de pouvoir et de la vulnérabilité — Les mesures prises par le défendeur étaient des obligations de droit public ne donnant pas naissance à un rapport fiduciaire — Le défendeur a agi conformément à la Loi sur les Indiens en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction d'un batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation — Le défendeur n'avait pas le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation du barrage — Il n'a pas violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la Loi sur la protection des eaux navigables pour obtenir des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve — L'obligation de consultation qui incombe à la Couronne en ce qui concerne la cession de terres d'une réserve s'étend aux aliénations de terres de la réserve par le défendeur en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens — La consultation qui a eu lieu en 1971 entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la norme de consultation prescrite par la C.S.C. — Le défendeur a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande entre 1978 et 1984 en omettant de remédier aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant de consulter la bande — Du mois de septembre 1984 au mois de février 1986, les mesures prises par le défendeur, à l'exception de l'omission de consulter, ont été prises avec diligence et étaient conformes à ce à quoi l'on peut s'attendre d'un fiduciaire.*

*Pratique — Prescription — Prescription de six ans à l'égard des demandes présentées par les demandeurs en vertu de l'art. 2(1)(k) de la Loi sur la prescription du Manitoba — Les demandes qui ont pris naissance avant le 15 septembre 1987 sont prescrites — L'argument fondé sur la violation continue de l'obligation fiduciaire n'est pas fondé — Le délai de prescription commence à courir à l'égard de chaque violation alléguée — Le délai commence à courir au moment de la découverte de la cause d'action — Le retard et l'omission de consulter se sont produits plus de six ans avant que la déclaration eut été déposée, le 15 septembre 1993 — La question était de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, s'ils avaient fait preuve d'une diligence raisonnable, les causes d'action contre le défendeur — La cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir entre 1978 et le mois de septembre 1984 n'est pas prescrite — La cause d'action fondée sur l'omission de consulter entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986 est prescrite depuis le mois de février 1992.*

This was an action for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band against the Crown in Right of Canada. In 1960 and 1961, the Government of Manitoba, with the defendant's knowledge and financial assistance, constructed the Fairford River Water Control Structure, a dam, the purpose of which was to regulate the level of Lake Manitoba upstream from the Fairford Reserve. Commencing in 1967, there was extensive flooding of the Fairford Reserve as a result of the construction of the dam and for which Manitoba accepted full responsibility. The plaintiffs alleged that their Aboriginal rights to fish, hunt and trap, as well as their interest in agricultural production, were negatively impacted by the operation of the dam. Negotiations were entered into between Manitoba and the Band whereby Manitoba was to provide it with land (the compensation land) in compensation for the land that was being flooded. In 1974, the Band signed a compensation agreement whereby it agreed to accept 5771.91 acres of compensation land and to release Manitoba from any further liability regarding flooding. Canada, however, refused to ratify the agreement for a number of reasons. As of 1979, members of the Band were occupying the compensation land even though it had still not been transferred to Her Majesty and was not legally a part of the Reserve. Eventually, the latter accepted transfer of the compensation land and set apart the lands as an addition to the Fairford Indian Reserve No. 50. The Fairford Band was not satisfied with the compensation land as full compensation for the losses suffered by its members and filed a statement of claim on September 15, 1993. Even though the plaintiffs have conceded that Manitoba was the source of their problems, they took the position that the Crown in Right of Canada was liable for all losses they suffered over the entire period since the construction of the dam and that Canada had repeatedly breached its fiduciary duties to the Fairford First Nation. Thus, the plaintiffs' argument seemed to be that the Crown Federal has a general ongoing fiduciary obligation to protect Aboriginal interests. This action raised a number of issues, all directly related to the Crown's fiduciary duty to the Fairford Band, and a last issue pertaining to limitation of actions.

*Held*, the action should be allowed in part.

The first issue was whether the Crown had breached its fiduciary duty to the Fairford Band in the planning, approval and financing of the Water Control Structure. The latter was a provincial government project, owned, operated and controlled by Manitoba, even though the Crown Federal had provided financial assistance for its construction. The plaintiffs argued that the defendant had a duty under subsection 18(1) of the *Indian Act* not to act in any way that would impair the Band's use and benefit of the Reserve and

Il s'agissait d'une action en violation d'obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada. En 1960 et 1961, le gouvernement du Manitoba, à la connaissance du défendeur et avec son aide financière, avait construit l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford, un barrage, en vue de régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba, en amont de la réserve de Fairford. En 1967 et par la suite, de grosses inondations ont eu lieu dans la réserve de Fairford en raison de la construction du barrage; le Manitoba a reconnu sa responsabilité à cet égard. Les demandeurs ont allégué que l'exploitation du barrage avait eu un impact négatif sur leurs droits autochtones en ce qui concerne la chasse, la pêche et le piégeage ainsi que sur leur droit à la production agricole. Le Manitoba et la bande ont engagé des négociations en vertu desquelles le Manitoba devait remettre des terres à la bande (les terres de remplacement) pour l'indemniser des terres qui étaient inondées. En 1974, la bande a signé un accord d'indemnisation par lequel elle convenait d'accepter des terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et de libérer le Manitoba de toute responsabilité additionnelle à l'égard des inondations. Toutefois, le Canada a refusé de ratifier l'accord, et ce, pour un certain nombre de raisons. En 1979, les membres de la bande occupaient les terres de remplacement même si celles-ci n'avaient pas encore été transférées à Sa Majesté et même si elles ne faisaient pas légalement partie de la réserve. Finalement, le Canada a accepté le transfert des terres de remplacement et les a mises de côté en tant qu'additions à la réserve indienne de Fairford n° 50. La bande de Fairford ne croyait pas que les terres de remplacement soient suffisantes pour indemniser complètement ses membres des pertes subies; elle a déposé une déclaration le 15 septembre 1993. Même s'ils ont concédé que le Manitoba était à l'origine de leurs problèmes, les demandeurs ont soutenu que Sa Majesté la Reine du chef du Canada était responsable de toutes les pertes subies depuis que le barrage avait été construit et que le Canada avait violé à maintes reprises les obligations fiduciaires qu'il avait envers la Première nation de Fairford. Les demandeurs semblaient donc soutenir que la Couronne fédérale avait une obligation fiduciaire générale continue de protéger leurs droits autochtones. L'action soulevait un certain nombre de questions, qui étaient toutes directement liées à l'obligation fiduciaire que la Couronne avait envers la bande de Fairford, ainsi que la question de la prescription de l'action.

*Jugement*: l'action doit être accueillie en partie.

La première question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford au moment de la planification de l'approbation et du financement de l'ouvrage de régularisation des eaux. Le Manitoba possédait, exploitait et contrôlait cet ouvrage dans le cadre d'un projet du gouvernement provincial, même si la Couronne fédérale avait fourni une aide financière en vue de la construction de l'ouvrage. Les demandeurs soutenaient que le défendeur était tenu, en vertu du paragraphe 18(1) de

that its involvement with the Structure breached that duty. In *Guerin et al. v. The Queen et al.*, the Supreme Court of Canada held that the effect of subsection 18(1) was to impose upon the Crown an obligation to protect Indians' interests in transactions with third parties. Once land was surrendered, the Crown was given a discretion to decide what was in the best interests of the Indians. This discretion on the part of the Crown has the effect of transforming its obligation into a fiduciary one. It was also recognized that both a discretion or power on the part of the fiduciary and vulnerability on the part of the beneficiary defined the fiduciary relationship. Vulnerability, which is an essential requirement to a fiduciary duty, means that the beneficiary, despite his best efforts, is unable to prevent the injurious exercise of discretion or power by the fiduciary and that other legal or practical remedies are inadequate or absent. In the Aboriginal context, it was held that, in order for a fiduciary duty to arise, one party must have ceded its power to the other. In order to determine whether a fiduciary obligation arose with respect to the Crown's involvement with the dam, it was necessary to determine whether by statute, agreement, particular course of conduct or unilateral undertaking, there was a mutual understanding that the Crown Federal would act on behalf of the Fairford Band in such way as to give rise to a reasonable expectation that it would act in the Band's best interests to the exclusion of other interests. The facts of this case did not demonstrate a contractual relationship between the Crown and the Fairford Band. Nor was there evidence of an undertaking on the part of the Crown to act in a fiduciary capacity on behalf of the Indians during the study, approval and financing stages of the dam. As to course of conduct, it should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Duties that arise from legislative or executive action are public law duties and do not give rise to a fiduciary relationship. Actions taken by the Indian Affairs Branch at the relevant time arose under the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act* and were public law duties. There was no indication they would be in the nature of private law duties such as when Indian land is surrendered. For these reasons, course of conduct by the Crown in its dealings with Indians under these Acts could not be relied upon as a basis for the creation of a fiduciary duty. The facts herein did not disclose ceding of any authority or power over any matter. Whether under the reasonable expectations approach or the ceding of power-vulnerability approach, the Crown was not a fiduciary with respect to its involvement in the study, approval or financing of the dam. The law of fiduciary duties, in the Aboriginal context, cannot be interpreted to place the Crown in the untenable position of having to forego its public law duties when such duties conflict with Indian interests.

la *Loi sur les Indiens*, de ne pas agir de façon à gêner l'utilisation de la réserve par la bande et qu'en participant à l'ouvrage, il avait violé cette obligation. Dans l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, la Cour suprême du Canada avait statué que le paragraphe 18(1) avait pour effet de conférer à la Couronne l'obligation de protéger les droits des Indiens dans des opérations avec des tiers. Une fois les terres cédées, la Couronne se voyait conférer le pouvoir discrétionnaire de décider ce qui était vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Ce pouvoir discrétionnaire avait pour effet de transformer l'obligation qui incombait à la Couronne en une obligation de fiduciare. Il a également été reconnu que le rapport fiduciare était défini à la fois par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la part du fiduciare et par la vulnérabilité du bénéficiaire. La vulnérabilité était une exigence essentielle, et elle signifiait que le bénéficiaire, malgré ses meilleurs efforts, ne pouvait pas empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciare et que les autres recours juridiques ou pratiques étaient insuffisants ou absents. Dans le contexte autochtone, il a été statué que pour qu'une obligation fiduciare prenne naissance, une partie doit avoir cédé son pouvoir à l'autre. Afin de déterminer si une obligation fiduciare a pris naissance par suite de la participation de la Couronne au barrage, il fallait déterminer si, en vertu d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral, il avait mutuellement été convenu que la Couronne agirait pour le compte de la bande de Fairford de façon à donner naissance à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait dans l'intérêt de la bande à l'exclusion d'autres intérêts. Les faits de l'espèce ne démontraient pas l'existence d'un rapport contractuel entre la Couronne et la bande de Fairford. Rien ne montrait non plus que la Couronne se soit engagée à agir à titre de fiduciare pour le compte des Indiens aux stades de l'étude, de l'approbation et du financement du barrage. En ce qui concerne la conduite particulière, il faut remarquer que, de façon générale, il n'existe une obligation fiduciare que dans le cas d'une obligation prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations qui découlent d'une mesure prise par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif sont des obligations de droit public et ne créent aucun rapport fiduciare. Les mesures prises par la Division des affaires indiennes au moment pertinent l'ont été en vertu de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'Immigration*, et il s'agissait d'obligations de droit public. Rien ne montrait qu'il s'agirait d'obligations de droit privé telles que celles qui existent lorsque des terres indiennes sont cédées. C'est pourquoi la conduite de la Couronne, lorsqu'elle traitait avec les Indiens en vertu de ces lois ne pouvait pas servir de fondement à la création d'une obligation fiduciare. Les faits de l'espèce ne montraient pas qu'un pouvoir avait été cédé sur une question. Tant en vertu de l'approche fondée sur les attentes raisonnables que de l'approche relative à la cession d'un pouvoir et à la vulnérabilité, la Couronne n'agissait pas à titre de fiduciare pour ce qui est de sa participation à l'étude, à

The second issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in securing authorization by way of Band Council Resolution for the coffer dam on the reserve. Erection of a coffer dam was necessary to limit the flow through the Fairford River channel temporarily. As use of the Reserve by Manitoba for purposes of the coffer dam was not to exceed a period of one year, the Minister may have authorized such use without obtaining consent of the Band Council. However, there was consultation and consent of the Band Council was obtained. There was no breach of the *Indian Act* in that consent having been obtained. The Minister was not bound to act without consent of the Band Council under subsection 28(2) of the Act, even if the temporary disposition was for less than one year. There was, therefore, no requirement under the *Indian Act* to treat use by Manitoba of the Reserve for the coffer dam as a surrender under section 37 of the Act and no necessity to obtain Band approval for such use. Canada acted in conformity with the *Indian Act* in permitting Manitoba to use the Reserve for the coffer dam and in obtaining a Band Council resolution authorizing such use.

The third issue was whether the Crown breached its fiduciary duty by failing to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford First Nation interests. The plaintiffs claimed that the Crown's knowledge of the adverse impacts they were experiencing by the operation of the dam imposed a fiduciary duty to do whatever was necessary to protect the Band's interests from the effects of that structure. They also suggested that the Crown had a duty to exercise leverage under the *Navigable Waters Protection Act* (NWPA) to control the way in which Manitoba operated the dam. Although the Fairford Band brought many of its concerns to the Indian Affairs Branch, it knew that it was Manitoba's operation of the dam which was causing it difficulties. There was no evidence that the Band was relying on the Crown to remedy the problems caused by the dam, and that the latter had any discretion or power to control its operation. The Crown's only direct involvement with the dam was with respect to its study, approval and financing. Manitoba owned the dam and operated it. Subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves the right of the band and its members to bring an action for trespass themselves. The Band did not cede that power to the Crown nor was there any mutual understanding between them giving rise to a reasonable expectation that such an

l'approbation ou au financement du barrage. Le droit des obligations fiduciaires, dans le contexte autochtone, ne peut pas être interprété comme plaçant la Couronne dans la situation impossible d'avoir à renoncer à ses obligations de droit public lorsque pareilles obligations sont contraires aux intérêts des Indiens.

La deuxième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en obtenant l'autorisation au moyen d'une résolution du conseil de la bande à l'égard de la construction du batardeau dans la réserve. Il fallait construire un batardeau en vue de limiter temporairement le débit de la rivière Fairford. Étant donné que le Manitoba ne devait pas utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau pendant plus d'un an, le ministre pouvait avoir autorisé pareille utilisation sans obtenir le consentement du conseil de la bande. Toutefois, il y avait eu consultation, et le conseil de la bande avait donné son consentement. Il n'y avait pas eu violation de la *Loi sur les Indiens* puisque le consentement avait été obtenu. Le ministre n'était pas tenu d'agir en l'absence d'un consentement donné par le conseil de bande en vertu du paragraphe 28(2) de la Loi, même s'il s'agissait d'une aliénation temporaire pour une période de moins d'un an. La *Loi sur les Indiens* n'exigeait donc pas que l'utilisation de la réserve par le Manitoba aux fins de la construction du batardeau soit considérée comme une cession en vertu de l'article 37 de la Loi et il n'était pas nécessaire d'obtenir l'approbation de la bande à pareille fin. Le Canada a agi conformément à la *Loi sur les Indiens* en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation.

La troisième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en omettant de remédier aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes qui en découlaient pour les droits de la Première nation de Fairford. Les demandeurs alléguaient qu'étant donné qu'elle était au courant des impacts négatifs auxquels ils faisaient face en raison de l'exploitation du barrage, la Couronne était tenue, en vertu d'une obligation fiduciaire, de faire ce qu'il fallait pour protéger les droits de la bande contre les effets de cet ouvrage. Les demandeurs soutenaient également que la Couronne était tenue d'exercer son influence en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables* (LPEN) pour contrôler la façon dont le Manitoba exploitait le barrage. Même si elle avait fait part d'un grand nombre de ses préoccupations à la Division des affaires indiennes, la bande de Fairford savait que c'était l'exploitation du barrage par le Manitoba qui causait des problèmes. Rien ne montrait que la bande comptait sur la Couronne pour remédier aux problèmes causés par le barrage et que cette dernière avait le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation du barrage. La seule participation directe de la Couronne à l'égard du barrage se rapportait à l'étude qu'elle avait effectuée, ainsi qu'à l'approbation et au financement du projet. C'était le Manitoba qui était propriétaire du barrage

action would be commenced by the Crown. The Fairford Band was not in a vulnerable position *vis-à-vis* the Crown with respect to third parties who trespassed on its land or otherwise interfered with its interests. Actions taken by the Indian Affairs Branch were in the performance of public law duties under the *Indian Act* and could not give rise to a fiduciary duty. The plaintiffs' argument that the Crown breached its fiduciary duty in failing to use the provisions of the NWPA as leverage to exact concessions from Manitoba respecting the flooding of the Fairford Reserve land was also untenable.

The fourth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Band in the unconditional section 35 transfer of 23 acres of land for road purposes in 1962 without consulting the Band, prescribing terms and conditions in the transfer to ensure minimal infringement on the interests of the Fairford First Nation and ensuring just compensation. The construction of the dam required the realignment of a provincial highway through the Reserve to eliminate curves. To do so, Manitoba needed approximately 34 acres of Fairford Reserve land as highway right of way. Section 35 of the *Indian Act* is the relevant provision for the taking of land for provincial purposes. By Band Council resolution dated December 7, 1960, 11 acres closest to the dam were authorized to be transferred to Manitoba. By Band Council resolution dated June 12, 1962, a further 23 acres was agreed to be transferred to Manitoba. The Crown consented to the taking by Manitoba of the entire 34 acres for the highway right of way. The plaintiffs were consulted with respect to the transfer of land for highway purposes and as to the compensation therefor. The Crown's necessary involvement under section 35 of the Act in the taking of land from the Fairford Reserve for highway purposes by Manitoba gave rise to a fiduciary duty to ensure that the Band's best interests were protected in so far as the Crown's unilateral discretion with respect to the transaction was concerned. The Crown's failure to properly consent to the transfer of the northern 11 acres to Manitoba by order in council for over 12 years constituted a breach of fiduciary duty to the Band. Failure to collect the full purchase price from Manitoba in a timely manner also constituted a breach of fiduciary duty. However, payment in full was received by the Crown with interest and an order in council consenting to the transfer of the entire 34 acres to Manitoba was executed. The breaches of fiduciary duty were thus remedied. There was no further outstanding cause of action based upon breach of fiduciary duty in these circumstances.

et qui l'exploitait. Le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* préserve le droit de la bande et de ses membres d'intenter eux-mêmes une action fondée sur la violation du droit de propriété. La bande n'avait pas cédé ce pouvoir à la Couronne et il n'y avait pas d'entente mutuelle entre le Canada et la bande donnant lieu à une attente raisonnable permettant de croire que la Couronne intenterait une telle action. La bande de Fairford n'était pas vulnérable face à la Couronne en ce qui concerne les tiers qui pénétraient, sans droit ni autorisation, dans leur réserve, ou qui portaient de quelque autre façon atteinte à leurs droits. Les mesures que la Division des affaires indiennes a prises étaient conformes aux obligations de droit public prévues par la *Loi sur les Indiens* et ne pouvaient pas donner naissance à une obligation fiduciaire. L'argument des demandeurs selon lequel le Canada avait violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la LPEN pour exiger des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve de Fairford était également insoutenable.

La quatrième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande en transférant sans condition en 1962, en vertu de l'article 35, 23 acres de terrain aux fins d'une route sans consulter la bande, sans imposer à l'égard du transfert des conditions destinées à assurer qu'il soit le moins possible porté atteinte aux droits de la Première nation de Fairford et sans obtenir une juste indemnité. Pour construire le barrage, il fallait procéder à un nouvel alignement d'une route provinciale à travers la réserve en vue d'éliminer les courbes. Pour ce faire, le Manitoba avait besoin d'environ 34 acres dans la réserve de Fairford comme emprise routière. La disposition pertinente de la *Loi sur les Indiens* concernant la prise de terres à des fins provinciales est l'article 35. Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 7 décembre 1960, le transfert au Manitoba de 11 acres, situées à proximité du barrage, a été autorisé. Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 12 juin 1962, le transfert au Manitoba de 23 autres acres de terrain a été autorisé. La Couronne a consenti à ce que le Manitoba prenne les 34 acres aux fins de l'emprise routière. Les demandeurs ont été consultés au sujet du transfert des terres aux fins de la route et de l'indemnisation y afférente. La participation nécessaire de la Couronne, en vertu de l'article 35 de la Loi, à la prise par le Manitoba des terres de la réserve de Fairford aux fins d'une route a donné naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne de veiller à ce que les intérêts de la bande soient protégés puisque celle-ci avait un pouvoir discrétionnaire unilatéral à l'égard de l'opération. En omettant de consentir de la façon appropriée au transfert au Manitoba des 11 acres situées au nord au moyen d'un décret pendant plus de 12 ans, la Couronne a violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. En omettant d'obtenir du Manitoba le plein montant du prix d'achat dans un délai opportun, la Couronne avait encore une fois violé son obligation fiduciaire. Toutefois, la Couronne a obtenu le paiement intégral, avec

The fifth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty by encouraging the Fairford Band to engage in land exchange negotiations with Manitoba in 1969 when it knew that the construction and operation of the dam adversely impacted the Band's practical and legal interests far beyond merely land and that the Band had no authority to conclude such negotiations or agreements. The relationship between the Crown and Indian bands respecting their lands and rights is governed by the twin policies of autonomy and protection. Although Aboriginal peoples are protected by the *Indian Act*, they are to be treated as autonomous actors whose decisions must be respected and honoured. There was therefore no legal reason why the Fairford Band could not and should not have negotiated with Manitoba. Because the compensation land had to be transferred from Manitoba to the Crown in order for it to become part of the Reserve, a fiduciary duty arose at the time of transfer to ensure that the Band was not exploited. However, that duty arose only when the Crown was asked to ratify the agreement negotiated by the Band. No such duty existed at the negotiating stage. There is no reason in principle why an Indian band should not be able to determine its own requirements, conduct its own negotiations and conclude those negotiations.

The sixth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band by failing to disclose to it and attempting unilaterally to correct the clear lack of authority for the province to be on Reserve land by purporting to transfer, in 1973, a 34-acre block of land for public road purposes without consulting the Band. In questions involving surrenders of reserve land, there is a duty of consultation on the Crown, which duty extends to dispositions of reserve land by the latter under section 35 of the Act. The minutes of a meeting held on September 16, 1971 between officials of Indian Affairs, the Fairford Band Council and a representative of the Manitoba Indian Brotherhood indicated that right-of-ways for roads had never been finalized, that total compensation had not been paid and that interest would be paid. They indicated a very complete disclosure of the circumstances to the Band Council. The consultation conducted between Indian Affairs and the Band Council accorded with the standard of consultation prescribed by the Supreme Court of Canada in *Delgamuukw v. British Columbia*.

intérêts, et un décret autorisant le transfert des 34 acres au Manitoba a été pris. Il a donc été remédié aux violations de l'obligation fiduciaire. Dans ces conditions, il n'y avait aucune autre cause d'action fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire.

La cinquième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en encourageant la bande de Fairford à entamer des négociations avec le Manitoba, en 1969, en vue d'un échange de terres, alors qu'elle savait que la construction et l'exploitation du barrage allaient avoir un impact négatif sur les intérêts pratiques et juridiques de la bande s'étendant bien au-delà d'un intérêt foncier et que la bande n'avait pas le pouvoir de conclure pareilles négociations ou ententes. Le rapport existant entre la Couronne et les bandes indiennes à l'égard des terres et droits de ces dernières est régi par les deux principes d'autonomie et de protection. Même si la *Loi sur les Indiens* offre une protection, il faut traiter les peuples autochtones comme des acteurs autonomes dont les décisions doivent être respectées. Il n'existait donc aucun motif d'ordre juridique pour lequel la bande de Fairford n'aurait pas pu ou n'aurait pas dû négocier avec le Manitoba. Étant donné que les terres de remplacement devaient être transférées du Manitoba à la Couronne afin de faire partie de la réserve, une obligation fiduciaire de veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée a pris naissance au moment du transfert. Toutefois, cette obligation a uniquement pris naissance lorsqu'on a demandé à la Couronne de ratifier l'entente négociée par la bande. Au stade des négociations, il n'existait pas d'obligation de ce genre. Rien n'empêche, en principe, une bande indienne d'être en mesure de déterminer ses propres exigences ainsi que de conduire ses propres négociations et de les mener à bonne fin.

La sixième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en omettant de lui divulguer des renseignements et en tentant unilatéralement de remédier au fait que la province n'était de toute évidence pas autorisée à occuper les terres de la réserve au moyen du transfert réputé, en 1973, d'une parcelle de 34 acres aux fins d'une voie publique, sans consulter la bande. En ce qui concerne les questions de cession de terres d'une réserve, il existe une obligation de consultation de la part de la Couronne; cette obligation s'étend aux aliénations des terres d'une réserve par la Couronne en vertu de l'article 35 de la Loi. Le procès-verbal d'une réunion tenue le 16 septembre 1971 entre les représentants des Affaires indiennes, le conseil de la bande de Fairford et un représentant de la Fraternité des Indiens du Manitoba montrait que la question des emprises routières n'avait jamais été réglée, que le plein montant de l'indemnité n'avait pas été versé et que des intérêts seraient payés. Le procès-verbal montrait que toutes les circonstances de l'affaire avaient pleinement été divulguées au conseil de la bande. La consultation qui avait eu lieu entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la

The seventh issue was whether the Crown breached its fiduciary duty in failing between 1977 and 1984 to address the deficiencies in the purported 1974 compensation land transfer agreement in a timely fashion. The Fairford Band had been negotiating with Manitoba for compensation as a result of flooding from the operation of the dam since 1967. These negotiations culminated in 1974 in the preparation by Manitoba of an agreement between the Band, Manitoba and the Crown for the transfer of compensation land to the Fairford Band. During the period between 1977 and 1984, many events occurred, delaying considerably the transfer of the compensation land to the Fairford Band. The prime cause of the delay rested with the Crown and that delay was unjustified. What gave rise to the fiduciary duty was the discretion vested in the Crown to deal with surrendered land and the vulnerable position of the Indian band once it has surrendered the land. The Crown did not act in a timely manner after it received the compensation agreement from Manitoba in 1977. The 1974 compensation agreement was an improvident transaction from the Band's perspective since, in exchange for 5771.91 acres of land, the Band was prepared to release Manitoba from any further claims and restriction on the operation of the dam, irrespective of the extent of flooding that might result. However, in not ratifying an improvident transaction to which the Band was prepared to agree, the Crown was not free of a fiduciary liability because it delayed the ratification of the transaction due to confusion on its part as to how to proceed. The Crown was required to determine, in a timely manner, what was improvident in the compensation agreement and advise the Fairford Band. In not doing so, it breached its fiduciary duty to the Band. That breach started at the beginning of 1978 when the Crown failed to exercise its discretion with respect to the compensation agreement based upon a sound analysis of its deficiencies, to advise the Fairford Band and to seek its instructions. Between the beginning of 1978 and September 1984, there was no progress on these issues, little or no advice given to the Band as to the deficiencies of the agreement and no discussion with the Band as to how the matter should proceed. This period of over six and one half years constituted a period of unreasonable delay during which there was no adequate consultation with the Band.

The eighth issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in actively negotiating with Manitoba from 1984 to 1991 in respect of compensation for the adverse effects of the dam without the Band's involvement or knowledge in the details of same. While up

norme de consultation prescrite par la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*.

La septième question était de savoir si la Couronne avait violé son obligation fiduciaire en omettant, entre 1977 et 1984, de remédier aux lacunes du prétendu accord de 1974 concernant le transfert des terres de remplacement d'une façon opportune. La bande de Fairford avait négocié avec le Manitoba la question de l'indemnité à verser par suite des inondations causées, depuis 1967, par l'exploitation du barrage. Ces négociations ont abouti, en 1974, à la préparation par le Manitoba d'une entente entre la bande, le Manitoba et le Canada en vue du transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. Entre 1977 et 1984, de nombreux événements avaient considérablement retardé le transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. Le retard était principalement attribuable à la Couronne et il était injustifié. C'était le pouvoir discrétionnaire dévolu à la Couronne de s'occuper des terres cédées et de remédier à la vulnérabilité de la bande indienne, une fois qu'elle avait cédé les terres, qui donnait naissance à l'obligation fiduciaire. La Couronne n'avait pas agi en temps opportun après avoir reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba en 1977. L'accord d'indemnisation de 1974 était une opération déraisonnable pour la bande, puisque, en échange de terres d'une superficie de 5 771,91 acres, la bande était prête à libérer le Manitoba de toute autre demande et à lui permettre, sans restriction aucune, d'exploiter le barrage, et ce, quelle que soit l'étendue des inondations possibles. Toutefois, en ne ratifiant pas une opération déraisonnable à laquelle la bande était prête à consentir, la Couronne n'était pas exemptée d'une obligation fiduciaire parce qu'elle avait tardé à ratifier l'opération à cause de la confusion qui régnait au sujet de la façon de procéder. La Couronne était tenue de déterminer, en temps opportun, ce qui était déraisonnable dans l'accord d'indemnisation et d'en informer la bande de Fairford. En omettant de le faire, elle avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande. Cette violation avait commencé au début de 1978, du fait que la Couronne n'avait pas exercé son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accord d'indemnisation en se fondant sur une analyse réfléchie de ses lacunes, qu'elle n'avait pas informé la bande de Fairford des lacunes et qu'elle ne lui avait pas demandé d'instructions. Entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984, aucun progrès n'avait été fait à l'égard de ces questions, la bande n'avait pas été conseillée au sujet des lacunes de l'accord ou fort peu de conseils lui avaient été donnés à ce sujet, et il n'y avait pas eu de discussions avec la bande au sujet de ce qu'il fallait faire. Étant donné que la bande n'a pas été adéquatement consultée pendant plus de six ans et demi, le retard était déraisonnable.

La huitième question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en négociant activement avec le Manitoba entre 1984 et 1991 à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables du barrage sans que la bande participe



to September 1984, the Crown's understanding and progress with respect to the compensation land agreement was inadequate, the situation changed when Jim Gallo, an official from the Department of Indian and Northern Affairs, took over the file. The only period during which the plaintiffs' allegation of non-consultation was supported by the evidence was from September 1984 to February 1986. The Crown's failure to consult with the Band during that period gave rise to a breach of fiduciary duty to protect the Band in its dealings with Manitoba. There was no evidence of delay or, except for the failure to consult, any other malfeasance on Mr. Gallo's part. His actions were, except for the failure to consult, diligent and consistent with those expected of a fiduciary. When the Crown was unilaterally dealing with Manitoba, the duty to consult existed and the failure to consult during that period constituted a breach of fiduciary duty.

The last issue concerns the limitation of actions. Relying on clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, the defendant argued that the plaintiffs' claims are statute-barred. A six-year limitation period is imposed by that provision on the claims advanced by the plaintiffs. Since the plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993, claims arising prior to September 15, 1987 are statute-barred. The plaintiffs argued that the defendant continually breached its fiduciary duties to the Band ever since it approved and partly financed the dam. Any breach of fiduciary duty must, however, be located at a specific point in time. A continuing breach argument is without merit. A separate and distinct cause of action for breach of fiduciary duty arises against the Crown with respect to each distinct set of circumstances and a period of limitation will begin to run in respect of each alleged breach of fiduciary duty. Time does not begin to run for limitation purposes until "the discovery of the cause of action" within the meaning of clause 2(1)(k) of the Act. A cause of action is considered to be discoverable when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. The issue herein was at what point the plaintiffs could have discovered, through reasonable diligence, the causes of action which have been established against the Crown. The Fairford Band was aware of delay as early as March 8, 1979. However, it was not aware of whether the delay was for justifiable reasons or whether the Crown was failing to act with the diligence required of a fiduciary. The Band became aware that the delay was unjustified in 1992 after engaging the firm of E. E. Hobbs and Associates Ltd. to research events giving rise to the dam and the subsequent failure to conclude a satisfactory settlement, as well as to assess the damages suffered. Until 1990, the Fairford Band had no reason to believe that it had

à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance. Jusqu'au mois de septembre 1984, la Couronne comprenait mal l'accord d'indemnisation et faisait peu de progrès à cet égard, mais la situation avait changé lorsque Jim Gallo, fonctionnaire au ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a pris l'affaire en main. La seule période pour laquelle l'allégation des demandeurs selon laquelle il n'y avait pas eu consultation était étayée par la preuve était celle qui allait du mois de septembre 1984 au mois de février 1986. L'omission de la Couronne de consulter la bande pendant cette période a donné lieu à la violation d'une obligation fiduciaire de protéger la bande lorsqu'elle traitait avec le Manitoba. Rien ne montrait qu'il y avait eu un retard ou, à l'exception de l'omission de consulter, quelque autre délit de la part de M. Gallo. Les mesures que M. Gallo avait prises, à l'exception de l'omission de consulter, étaient diligentes et conformes à ce qu'on s'attendrait d'un fiduciaire. Lorsque la Couronne traitait unilatéralement avec le Manitoba, elle était tenue de consulter la bande et l'omission de la consulter pendant cette période constituait une violation d'une obligation fiduciaire.

La dernière question se rapporte à la prescription. En invoquant l'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, le défendeur a soutenu que les demandes des demandeurs étaient prescrites. Un délai de prescription de six ans est imposé par cette disposition à l'égard des demandes que les demandeurs ont présentées. Étant donné que la déclaration des demandeurs avait été déposée le 15 septembre 1993, les demandes antérieures au 15 septembre 1987 sont prescrites. Les demandeurs ont soutenu que le défendeur avait continuellement violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande à compter du moment où il avait approuvé et en partie financé le barrage. Toutefois, tout manquement à l'obligation fiduciaire doit pouvoir être situé à un moment précis. L'argument qu'il y a eu violation continue n'est pas fondé. Une cause d'action distincte fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire invoquée contre la Couronne découle de chaque ensemble distinct de circonstances et un nouveau délai de prescription commencera à courir à l'égard de chaque violation alléguée de l'obligation fiduciaire. Le délai ne commence pas à courir, aux fins de la prescription, tant qu'il n'y a pas eu «découverte de la cause d'action» au sens de l'alinéa 2(1)(k) de la Loi. Une cause d'action est considérée comme pouvant être découverte lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être si celui-ci avait fait preuve d'une diligence raisonnable. Il s'agissait de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'ils avaient ces causes d'action contre la Couronne. La bande de Fairford était au courant du retard dès le 8 mars 1979. Cependant, elle ne savait pas si le retard était attribuable à des motifs justifiables ou si la Couronne omettait d'agir avec la diligence dont le fiduciaire doit faire preuve. La bande a appris que le retard était injustifié en 1992 après avoir retenu les services de la

a cause of action against the Crown or that, when the latter was acting in a fiduciary capacity, it was not acting with reasonable diligence. Prior to delivery of the Hobbs Report in February 1992, the Band could not have reasonably discovered the material facts relating to the Crown's handling of the compensation agreement between the beginning of 1978 and September 1984. The plaintiffs' cause of action for delay over that period was not statute-barred. With respect to the Crown's failure to consult the Fairford Band between September 1984 and February 1986, the Band was made aware, in February 1986, of the efforts made by the Crown with Manitoba during that period. The plaintiffs' cause of action for failure to consult in that period became statute-barred in February 1992.

firme E. E. Hobbs and Associates Ltd. en vue d'effectuer des recherches sur les événements qui avaient donné lieu à la construction du barrage et à l'omission subséquente de conclure un règlement satisfaisant, ainsi qu'en vue d'évaluer les dommages qui avaient été subis. Jusqu'en 1990, il n'y avait pas lieu pour la bande de Fairford de croire qu'elle avait une cause d'action contre la Couronne ou que, lorsque cette dernière agissait à titre de fiduciaire, elle ne faisait pas preuve d'une diligence raisonnable. Avant la présentation du rapport Hobbs, en février 1992, la bande de Fairford n'aurait pas pu raisonnablement découvrir les faits importants concernant la façon dont la Couronne s'était occupée de l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. En ce qui concerne la cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir au cours de cette période, l'action n'était pas prescrite. Quant à l'omission de la Couronne de consulter la bande de Fairford entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, la bande a été mise au courant, en février 1986, des efforts que la Couronne avait faits auprès du Manitoba pendant cette période. La cause d'action fondée sur l'omission de consulter la bande au cours de cette période est prescrite depuis le mois de février 1992.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37, ss. 2(1) "environmental effect", 16(1)(a).  
*Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).  
*Department of Citizenship and Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 67, s. 5.  
*Expropriation Act*, R.S.C., 1985, c. E-21, s. 26(11).  
*Expropriation Act*, S.C. 1969-70, c. 41, s. 24.  
*Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, s. 34.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "reserve" (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), 18(1),(2), 31(1),(3), 28(2), 35, 37(1) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 39(1)(b) (as am. *idem*, s. 3), 64 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10).  
*Limitation of Actions Act (The)*, R.S.M. 1987, c. L150, s. 2(1)(k).  
 Natural Resources Transfer Agreement (Manitoba) (confirmed by the *Constitution Act, 1930*, 20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 26], Sch. (1.)), para. 13.  
*Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140, s. 4.  
*Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1952, c. 193, ss. 4, 5, 10.  
 Treaty No. 2 (1871).

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Convention sur le transfert des ressources naturelles (Manitoba) (confirmée par la *Loi constitutionnelle de 1930*, 20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26], annexe (1.)), par. 13.  
*Loi canadienne sur l'évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37, art. 2(1) «effets environnementaux», 16(1)a).  
*Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44], art. 35(1).  
*Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140, art. 4.  
*Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, art. 2(1)k).  
*Loi sur la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1952, ch. 193, art. 4, 5, 10.  
*Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 67, art. 5.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 2(1) «réservation» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), 18(1),(2), 31(1),(3), 28(2), 35, 37(1) (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2), 39(1)b) (mod., *idem*, art. 3), 64 (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10).  
*Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, art. 34.  
*Loi sur l'expropriation*, L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 26(11).

*Loi sur l'expropriation*, S.C. 1969-70, ch. 41, art. 24.  
Traité n° 2 (1871).

## CASES JUDICIALLY CONSIDERED

## FOLLOWED:

*Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

## APPLIED:

*Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3; (1997) 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINGUISHED:

*Sandvik, A.B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433; 7 C.I.P.R. 232; 2 F.T.R. 81 (F.C.T.D.).

## CONSIDERED:

*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; *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (T.D.); *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C. 1; *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (T.D.); *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.).

## JURISPRUDENCE

## DÉCISIONS SUIVIES:

*Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335; (1984), 13 D.L.R. (4th) 321; [1984] 6 W.W.R. 481; 59 B.C.L.R. 301; [1985] 1 C.N.L.R. 120; 20 E.T.R. 6; 55 N.R. 161; 36 R.P.R. 1; *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; (1987), 42 D.L.R. (4th) 81; 42 C.C.L.T. 1; [1988] 1 C.N.L.R. 152; 78 N.R. 40; 23 O.A.C. 84; 9 R.F.L. (3d) 225; *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574; (1989), 69 O.R. (2d) 287; 61 D.L.R. (4th) 14; 26 C.P.R. (3d) 97.

## DÉCISIONS APPLIQUÉES:

*Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 9 R.P.R. (3d) 115; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; (1995), 130 D.L.R. (4th) 193; [1996] 2 C.N.L.R. 25; 190 N.R. 89; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3; (1997) 148 D.L.R. (4th) 523; [1998] 1 C.N.L.R. 250; 215 N.R. 241 (C.A.).

## DISTINCTION FAITE AVEC:

*Sandvik, A.B. c. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433; 7 C.I.P.R. 232; 2 F.T.R. 81 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## DÉCISIONS EXAMINÉES:

*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; *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325; (1996), 22 C.E.L.R. (N.S.) 293; [1997] 4 C.N.L.R. 280; 122 F.T.R. 81 (1<sup>re</sup> inst.); *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377; (1994), 117 D.L.R. (4th) 161; [1994] 9 W.W.R. 609; 49 B.C.A.C. 1; 97 B.C.L.R. (2d) 1; 16 B.L.R. (2d) 1; 6 C.C.L.S. 1; 22 C.C.L.T. (2d) 1; 57 C.P.R. (3d) 1; 95 DTC 5135; 5 E.T.R. (2d) 1; 171 N.R. 245; 80 W.A.C. 1; *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 20; [1988] 1 C.N.L.R. 73; (1987), 14 F.T.R. 161 (1<sup>re</sup> inst.); *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

## REFERRED TO:

*R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (F.C.T.D.); *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (Sask. C.A.); *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712; [1949] 4 D.L.R. 785; *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3; [1991] 2 C.N.L.R. 22; (1990), 39 F.T.R. 142 (T.D.); *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317; (1995), 44 C.P.C. (3d) 319 (Man. Q.B.); *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (F.C.T.D.); *Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2 S.C.R. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321.

## AUTHORS CITED

Finn, P. D. "The Fiduciary Principle" in Youdan, T. G. (ed.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Indian Treaties and Surrender. Ottawa: Queen's Printer, 1957.

Macklem, P. "Aboriginal Rights and State Obligations" (1997), 36 *Alta. L.R.* 97.

Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

ACTION for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band as a result of extensive flooding caused by the construction of a dam on the Fairford Indian Reserve in Manitoba. Action allowed in part.

## DÉCISIONS CITÉES:

*R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 80 B.C.A.C. 81; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; [1989] 3 W.W.R. 117; (1989), 35 B.C.L.R. (2d) 1; 25 F.T.R. 161; 92 N.R. 241; *Bande de la première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232; [1997] 1 C.N.L.R. 1; 116 F.T.R. 37 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (C.A. Sask.); *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771; (1996), 181 A.R. 321; 133 D.L.R. (4th) 324; [1996] 4 W.W.R. 457; 37 Alta. L.R. (3d) 153; 105 C.C.C. (3d) 289; [1996] 2 C.N.L.R. 77; 195 N.R. 1; 116 W.A.C. 321; *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] R.C.S. 712; [1949] 4 D.L.R. 785; *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504; [1951] 2 D.L.R. 465; (1951), 67 C.R.T.C. 87; *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3; (1985), 17 D.L.R. (4th) 591; [1985] 3 C.N.L.R. 15; 32 L.C.R. 65; 58 N.R. 241 (C.A.); *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3; [1991] 2 C.N.L.R. 22; (1990), 39 F.T.R. 142 (1<sup>re</sup> inst.); *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317; (1995), 44 C.P.C. (3d) 319 (B.R. Man.); *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54; (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.); *Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147; (1986), 75 N.S.R. (2d) 109; 31 D.L.R. (4th) 481; 186 A.P.R. 109; 34 B.L.R. 187; 37 C.C.L.T. 117; 42 R.P.C. 161; *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6; (1992), 96 D.L.R. (4th) 289; 14 C.C.L.T. (2d) 1; 142 N.R. 321; 57 O.A.C. 321.

## DOCTRINE

Finn, P. D. «The Fiduciary Principle» in Youdan, T. G. (ed.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*. Toronto: Carswell, 1989.

Indian Treaties and Surrender. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957.

Macklem, P. «Aboriginal Rights and State Obligations» (1997), 36 *Alta. L.R.* 97.

Rotman, L. I. *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada*. Toronto: University of Toronto Press, 1996.

ACTION en violation d'une obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford par suite de grosses inondations causées par la construction d'un barrage dans la réserve indienne de Fairford, au Manitoba. Action accueillie en partie.

## APPEARANCES:

*E. Anthony Ross and Kevin J. Scullion* for plaintiffs.  
*Craig J. Henderson, Sidney R. Restall and Brian H. Hay* for defendant.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Harris & Harris*, Etobicoke, Ontario, for plaintiffs.  
*Deputy Attorney General of Canada* for defendant.

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

## EDITOR'S NOTE

*The Executive Editor has decided that the decision herein should be published in the Federal Court Reports as it provides an exhaustive review of the Crown's fiduciary duty to Indian bands, in this case the Fairford First Nation living on the Fairford Indian Reserve in Manitoba. His Lordship made numerous references to important Supreme Court of Canada decisions relating to the fiduciary duty of the Crown in the Aboriginal context. It was, however, determined that part only of the decision should be published and that portions of His Lordship's 154 page reasons for judgment, which gave a detailed review of facts and documentary evidence, would be deleted and replaced by Editor's notes.*

ROTHSTEIN, J.:

1. OVERVIEW

[1] This is an action for breach of fiduciary duty brought by the members of the Fairford Indian Band<sup>1</sup> against the Government of Canada. In 1960 and 1961 the Government of Manitoba, with the knowledge and financial assistance of Canada, constructed the

## ONT COMPARU:

*E. Anthony Ross et Kevin J. Scullion* pour les demandeurs.  
*Craig J. Henderson, Sidney R. Restall et Brian H. Hay* pour le défendeur.

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Harris & Harris*, Etobicoke (Ontario) pour les demandeurs.  
*Le sous-procureur général du Canada* pour le défendeur.

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

## NOTE DE L'ARRÊTISTE

*Le directeur général a décidé que la présente décision devrait être publiée dans le Recueil des arrêts de la Cour fédérale étant donné qu'elle renferme un examen exhaustif de l'obligation fiduciaire que la Couronne a envers les bandes indiennes, dans ce cas-ci la Première nation de Fairford, qui habite dans la réserve indienne de Fairford, au Manitoba. Le juge a mentionné à maintes reprises des décisions importantes de la Cour suprême du Canada se rapportant à l'obligation fiduciaire qui incombe à la Couronne dans le contexte autochtone. Toutefois, il a été décidé qu'une partie seulement de la décision devait être publiée et que certains passages des motifs du jugement de 154 pages, dans lesquels les faits et la preuve documentaire étaient examinés à fond, seraient omis et remplacés par des notes de l'arrêtiste.*

LE JUGE ROTHSTEIN:

1. APERÇU

[1] Il s'agit d'une action en violation d'obligation fiduciaire intentée par les membres de la bande indienne de Fairford<sup>1</sup> contre le gouvernement du Canada. En 1960 et 1961, le gouvernement du Manitoba, à la connaissance du Canada et avec son

Fairford River Water Control Structure (the Water Control Structure or Structure, a dam) and deepened the channel on the Fairford River which runs adjacent to the Fairford Indian Reserve and into Lake St. Martin in central Manitoba. The purpose of the Water Control Structure was to regulate the level of Lake Manitoba upstream from the Fairford Reserve.

[2] Commencing in 1967 and in many following years, there was extensive flooding of the Fairford Reserve from the Fairford River and Lake St. Martin.<sup>2</sup> Manitoba accepted responsibility for this flooding. Initially, Manitoba compensated the Fairford Band on an annual basis for the loss of hay from the flooding of hay lands. Negotiations were then entered into between Manitoba and the Band whereby Manitoba was to provide the Band with land (the compensation land) in compensation for the land that was being flooded.

[3] In 1974, the Band signed a three party agreement (the 1974 compensation agreement, compensation agreement, 1974 agreement or agreement) whereby it agreed to accept 5771.91 acres of compensation land and to release Manitoba from any further liability regarding flooding.<sup>3</sup> By Order in Council 1398/76, Manitoba authorized the transfer of the compensation land in accordance with the agreement. In 1977, it was sent to Canada as legal owner of the Fairford Reserve for its ratification. Canada refused to ratify the agreement for a number of reasons. Initially, Canada's only objection was that the Fairford Band could not be a party to the agreement and that the transfer of land had to be to Her Majesty the Queen in right of Canada. Later, other objections to the substance of the agreement were raised.

[4] There is an indication in the evidence that the Band members had use of some of the compensation land from 1975 onward. As of 1979, members of the Band were occupying the compensation land even

aide financière, a construit l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford (l'ouvrage de régularisation des eaux ou l'ouvrage, un barrage) et a approfondi le chenal de la rivière Fairford, qui coule le long de la réserve indienne de Fairford et se déverse dans le lac St-Martin, au centre du Manitoba. L'ouvrage de régularisation des eaux était destiné à régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba, en amont de la réserve de Fairford.

[2] En 1967 et par la suite, pendant de nombreuses années, les eaux de la rivière Fairford et du lac St-Martin ont causé de grosses inondations dans la réserve de Fairford<sup>2</sup>. Le Manitoba a reconnu sa responsabilité à cet égard. Il a initialement indemnisé la bande de Fairford chaque année pour la perte de foin résultant de l'inondation des champs de foin. Le Manitoba et la bande ont par la suite engagé des négociations en vertu desquelles le Manitoba devait remettre des terres à la bande (les terres de remplacement) pour l'indemniser des terres qui étaient inondées.

[3] En 1974, la bande a signé un accord tripartite (l'accord d'indemnisation de 1974, l'accord d'indemnisation, l'accord de 1974 ou l'accord) par lequel elle convenait d'accepter des terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et de libérer le Manitoba de toute responsabilité additionnelle à l'égard des inondations<sup>3</sup>. Par le décret 1398/76, le Manitoba a autorisé le transfert des terres de remplacement conformément à l'accord. En 1977, l'accord a été envoyé au Canada en sa qualité de propriétaire en common law de la réserve de Fairford aux fins de sa ratification. Le Canada a refusé de ratifier l'accord, et ce, pour un certain nombre de raisons. Initialement, sa seule objection était que la bande de Fairford ne pouvait pas être partie à l'accord et que le transfert des terres devait être effectué en faveur de Sa Majesté la Reine du chef du Canada. Par la suite, d'autres objections concernant le fond de l'accord ont été soulevées.

[4] La preuve indique que les membres de la bande ont pu utiliser une partie des terres de remplacement à compter de 1975. En 1979, les membres de la bande occupaient les terres de remplacement même si

though this land had still not been transferred to Her Majesty and was not legally a part of the Reserve.

[5] In 1984, Canada began to focus on further deficiencies in the 1974 agreement. An important deficiency was that the agreement did not provide for a maximum flood limit. There were then further discussions between Manitoba and Canada, of which the Fairford Band was from time to time informed. Initially, Manitoba refused to consider any changes to the agreement. Eventually, however, Manitoba agreed to some changes. One was that Manitoba acknowledged the need for a maximum flood limit. Eventually, Manitoba agreed that the compensation land was to be considered only partial compensation to the Band. This was reflected in a memorandum of understanding between Canada and Manitoba dated December 13, 1990. Finally, by federal Order in Council 1992/430, Canada accepted transfer of the compensation lands and set apart the lands as an addition to the Fairford Indian Reserve No. 50. The 1974 agreement has never been signed by Canada.

[6] The Fairford Band was not satisfied with the compensation land as full compensation for the losses suffered by its members. The Band therefore decided to bring this action against Her Majesty in right of Canada and filed its statement of claim on September 15, 1993. Even though the plaintiffs have conceded that Manitoba is the source of their problems, they take the position that because Canada had a fiduciary duty to the Fairford Band, Canada is liable for the loss and damage suffered. No action has been taken by the Band against Manitoba.<sup>4</sup>

## 2. THE PLAINTIFFS' CLAIM

[7] The plaintiffs say that the members of the Fairford Band have suffered loss as a result of the breach of the fiduciary duties which the plaintiffs say Canada owed to the Band relating to the Water Control Structure (and other matters). The specific duties and breaches will be elaborated upon later. The alleged losses suffered by members of the Band

celles-ci n'avaient pas encore été transférées à Sa Majesté et même si elles ne faisaient pas légalement partie de la réserve.

[5] En 1984, le Canada a commencé à se concentrer sur d'autres lacunes de l'accord de 1974. Une lacune importante était que l'accord ne prévoyait pas le niveau maximal d'inondation. Il y a alors eu entre le Manitoba et le Canada d'autres discussions dont la bande de Fairford a de temps en temps été informée. Le Manitoba a d'abord refusé d'envisager de modifier l'accord. Toutefois, il a finalement convenu de certaines modifications. Il reconnaissait notamment la nécessité d'établir un niveau maximal d'inondation. En fin de compte, le Manitoba a convenu que les terres de remplacement devaient être considérées comme visant à indemniser la bande en partie seulement. La chose a été consignée dans un protocole d'entente entre le Canada et le Manitoba daté du 13 décembre 1990. Finalement, par le décret fédéral 1992/430, le Canada a accepté le transfert des terres de remplacement et les a mises de côté en tant qu'additions à la réserve indienne de Fairford n° 50. Le Canada n'a jamais signé l'accord de 1974.

[6] La bande de Fairford ne croyait pas que les terres de remplacement étaient suffisantes pour indemniser complètement ses membres des pertes subies. Elle a donc décidé d'intenter la présente action contre Sa Majesté la Reine du chef du Canada; elle a déposé sa déclaration le 15 septembre 1993. Même si les demandeurs ont concédé que le Manitoba est à l'origine de leurs problèmes, ils soutiennent que le Canada est responsable de la perte et du préjudice subis parce qu'il avait une obligation fiduciaire envers la bande de Fairford. La bande n'a pas intenté d'action contre le Manitoba<sup>4</sup>.

## 2. LA DEMANDE

[7] Les demandeurs affirment que les membres de la bande de Fairford ont subi une perte par suite de la violation des obligations fiduciaires que le Canada avait, selon eux, envers la bande en ce qui concerne l'ouvrage de régularisation des eaux (et d'autres questions). Les obligations et violations précises seront énoncées en détail ci-dessous. Les pertes qu'auraient

included the loss of hay lands negatively impacting farming on the Reserve and destruction of the natural habitat negatively impacting the opportunity for Band members to engage in hunting, fishing and trapping, both on and off the Reserve. They also say there have been occurrences of disease such as dysentery and contamination of water. In addition to the direct economic loss which they say they have incurred, the plaintiffs say that Canada's breach of fiduciary duties has resulted in a loss of self-sufficiency by Band members including an increase in alcoholism, drug addiction, mental illness or distress, community strife and an increase in unemployment and dependency on government welfare. As a result of the losses suffered, the plaintiffs have claimed general and special damages, including damages for economic loss and future damages and punitive and exemplary damages.

[8] The parties agreed, and the Court ordered that the plaintiffs need not strictly prove the *quantum* of damages at the liability stage of the proceedings. This decision deals only with the question of liability.<sup>5</sup>

### 3. THE EVIDENCE

[9] The plaintiffs' oral evidence consisted of testimony by a number of Band members, a former Indian agent involved with the Fairford Band in the early 1960s, as well as two witnesses called as experts. The plaintiffs' evidence was essentially directed to adverse changes which Band members attributed to the Water Control Structure, the relationship between Canada and the Band, and some Band members' recollections of various events over the relevant time. The expert evidence of L. G. Chambers of Wardrop Engineering Inc. consisted of a preliminary hydrological investigation of the Reserve and a cursory review of the Reserve infrastructure before and after construction of the Water Control Structure. The expert evidence of

subies les membres de la bande comprenaient la perte de champs de foin, qui avait eu un impact négatif sur l'agriculture dans la réserve, et la destruction de l'habitat naturel, qui avait eu un impact négatif sur la possibilité pour les membres de la bande de se livrer à leurs activités de chasse, de pêche et de piégeage, tant dans la réserve qu'en dehors de la réserve. Les demandeurs affirment également que des maladies comme la dysenterie sont apparues et que l'eau a été contaminée. En plus de la perte financière directe qu'ils affirment avoir subie, les demandeurs disent que la violation par le Canada de ses obligations fiduciaires a entraîné une perte d'autonomie des membres de la bande, et a notamment occasionné une hausse de l'alcoolisme, de la toxicomanie, des maladies mentales ou des troubles de détresse, des querelles au sein de la collectivité ainsi qu'une hausse du chômage et de la dépendance envers l'aide sociale. Par suite des pertes subies, les demandeurs sollicitent des dommages-intérêts généraux et spéciaux, et notamment des dommages-intérêts pour la perte financière qu'ils ont subie et des dommages-intérêts futurs ainsi que des dommages-intérêts punitifs et exemplaires.

[8] Les parties ont convenu, et la Cour a déclaré, que les demandeurs n'ont pas à établir strictement le montant des dommages-intérêts au stade de l'instance où la question de la responsabilité est en jeu. Cette décision traite uniquement de la question de la responsabilité<sup>5</sup>.

### 3. LA PREUVE

[9] Les témoignages oraux présentés par les demandeurs étaient composés des témoignages d'un certain nombre de membres de la bande, d'un ancien agent des Indiens qui s'occupait de la bande de Fairford au début des années 1960 ainsi que de deux témoins qui ont été cités à titre d'experts. La preuve présentée par les demandeurs se rapportait essentiellement aux changements néfastes que les membres de la bande attribuaient à l'ouvrage de régularisation des eaux, aux rapports entre le Canada et la bande et aux souvenirs que certains membres de la bande gardaient de divers événements qui s'étaient produits pendant la période pertinente. Le témoignage d'expert de L. G. Chambers, de Wardrop Engineering Inc., était com-



A. Brian Ransom consisted of an investigation of the impact of flooding on the Reserve in 1995. This report reviewed the history of the Water Control Structure and flooding on the Reserve, with particular reference to negotiations between the Fairford Band and the Province of Manitoba in the 1970s for the compensation land.

[10] The defendant's oral evidence provided Canada's explanation of some of the events that occurred, particularly those relating to Canada's attempt to have Manitoba agree to amend the 1974 compensation agreement. Two expert witnesses were also called with respect to the question of the boundary of the Fairford Reserve in relation to the Fairford River and whether the Water Control Structure was partially constructed on Reserve land or entirely on provincial Crown land.

[11] The plaintiffs called a rebuttal witness as to the issue of the boundary of the Fairford Reserve with the Fairford River and Lake St. Martin.

[12] In addition to the oral evidence, the parties submitted an agreed statement of facts together with some twelve volumes of over 800 documents dating from 1871 to the early 1990s. It is largely these documents that outline the facts relating to the planning and construction of the Water Control Structure, negotiations between the Band and Manitoba after the 1967 flooding, the 1974 agreement and the discussions and negotiations relating to changes sought to the agreement by Canada.

[13] The case commenced in Edmonton on March 6, 1997 for two days of evidence. It then continued in Winnipeg, from January 5, 1998 until February 4,

posé d'une étude hydrologique préliminaire de la réserve et d'un bref examen de l'infrastructure de la réserve avant et après la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux. Le témoignage d'expert d'A. Brian Ransom était composé d'une étude de l'impact des inondations dans la réserve en 1995. Ce rapport comportait un historique du projet concernant l'ouvrage de régularisation des eaux et des inondations dans la réserve, et il était en particulier fait mention des négociations qui avaient eu lieu entre la bande de Fairford et la province du Manitoba dans les années 1970 à l'égard des terres de remplacement.

[10] Dans ses témoignages oraux, le défendeur donnait des explications au sujet de certains événements, en particulier de ceux qui se rapportaient à la tentative que le Canada avait faite pour que le Manitoba consente à modifier l'accord d'indemnisation de 1974. Deux experts ont également été appelés à témoigner au sujet de la question des limites de la réserve de Fairford par rapport à la rivière Fairford et de la question de savoir si l'ouvrage de régularisation des eaux était en partie construit sur des terres de la réserve ou entièrement sur des terres publiques provinciales.

[11] En contre-preuve, les demandeurs ont produit un témoin qui a déposé au sujet de la question des limites de la réserve de Fairford par rapport à la rivière Fairford et au lac St-Martin.

[12] En plus des témoignages oraux, les parties ont soumis un exposé conjoint des faits ainsi qu'une douzaine de volumes renfermant plus de 800 documents datant de l'année 1871 jusqu'au début des années 1990. Ce sont surtout dans ces documents que figurent les faits se rapportant à la planification et à la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, aux négociations qui ont eu lieu entre la bande et le Manitoba après l'inondation de 1967, à l'accord de 1974 ainsi qu'aux discussions et négociations se rapportant aux modifications que le Canada voulait apporter à l'accord.

[13] L'audience a commencé à Edmonton le 6 mars 1997; l'interrogatoire des témoins a duré deux jours. L'audience s'est ensuite poursuivie à Winnipeg, du

1998 for 16 more days of evidence. Argument has taken 12 days commencing on February 17 and concluding March 27, 1998, with final written argument by the defendant respecting the issue of limitation of actions being submitted on April 20, 1998.

#### 4. FIDUCIARY DUTIES AND BREACHES ALLEGED BY THE PLAINTIFFS

[14] The approach to the law adopted by the plaintiffs in this case was general. The plaintiffs' argument seemed to be that the Crown has a general ongoing fiduciary obligation to protect Aboriginal interests. Having regard to well-known Supreme Court of Canada jurisprudence, *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335 and *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075, as well as other cases, they aggregate references to fiduciary duties which, taken together, they allege, support the existence of fiduciary obligations owed by the Crown to the Fairford Band in this case. The plaintiffs interweave various facts over the 34-year period from 1958 when active planning for the Water Control Structure was underway through to 1993. They say the Crown is liable for all losses the plaintiffs suffered over the entire period since construction of the Water Control Structure and that "Canada repeatedly breached its fiduciary duties to the Fairford First Nation. Not only have breaches occurred in numerous specific instances, but many of these breaches are of a 'continuing nature'". The plaintiffs then enumerate specific duties and instances of breach. It will be convenient to analyse each in the order set out by the plaintiffs. The alleged duties and breaches are, for the most part, quoted exactly as set out by the plaintiffs in their material.

4.A. Did the Crown breach its fiduciary duty to the Fairford Band "in the planning and approval stages of the 1960 Water Control Structure in

5 janvier 1998 au 4 février 1998, l'interrogatoire des témoins couvrant 16 autres jours. La présentation des plaidoyers, qui a débuté le 17 février et a pris fin le 27 mars 1998, a duré 12 jours et, le 20 avril 1998, le défendeur a présenté un plaidoyer écrit final au sujet de la question de la prescription.

#### 4. OBLIGATIONS FIDUCIAIRES ET VIOLATIONS ALLÉGUÉES PAR LES DEMANDEURS

[14] L'approche que les demandeurs ont adoptée en ce qui concerne le droit était de nature générale. Les demandeurs semblaient soutenir que la Couronne a une obligation fiduciaire générale continue de protéger les droits ancestraux. Compte tenu de la jurisprudence bien connue établie par la Cour suprême du Canada, à savoir les arrêts *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, et *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, ainsi que d'autres arrêts, les demandeurs accumulent les remarques qui ont été faites au sujet de l'obligation fiduciaire, lesquelles, considérées dans leur ensemble, allèguent-ils, étaient en l'espèce l'existence d'obligations fiduciaires de la part de la Couronne envers la bande de Fairford. Ils entremêlent divers faits s'échelonnant sur une période de plus de 34 ans, de 1958, période pendant laquelle on planifiait activement la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, jusqu'à 1993. Ils disent que la Couronne est responsable de toutes les pertes qu'ils ont subies depuis que l'ouvrage de régularisation des eaux a été construit et que [TRADUCTION] «le Canada a violé à maintes reprises les obligations fiduciaires qu'il avait envers la première nation de Fairford. Ces violations ont non seulement été commises dans de nombreux cas précis, mais un grand nombre d'entre elles sont aussi d'une "nature continue"». Les demandeurs énumèrent ensuite des obligations précises et des cas précis de violation. Il sera utile d'analyser chacune de ces obligations et violations dans l'ordre établi par les demandeurs. Les obligations et violations alléguées sont en général citées exactement de la même façon que les demandeurs l'ont fait dans leur documentation.

4.A. La Couronne a-t-elle violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford «aux stades de la planification et de l'approba-

light of the 1948 report, Canada's involvement in the 1958 study which failed to consider the legal and practical interests of the Fairford First Nation, and in committing financing to the project without addressing the interests of the Fairford First Nation?"

#### 4.A.1. Plaintiffs' position

[15] The plaintiffs argue that Canada had a fiduciary duty to the Fairford Band with respect to Canada's involvement in the planning, approval and financing of the Water Control Structure. The plaintiffs characterize Canada's decisions with respect to the planning, approval and financing of the Water Control Structure as if Canada had exercised discretion which adversely affected a vulnerable Indian band. They say the circumstances gave rise to a fiduciary obligation on the part of Canada to consider the effects of the Water Control Structure on the Fairford Band's interest, to ascertain that flooding and other adverse effects would not take place and therefore to refuse to permit construction of the Water Control Structure. In their memorandum of fact and law, the plaintiffs state:

When Canada agreed to fund 50% of the Water Control Structure, it assured that the Water Control Structure would be constructed. This approval was made prior to any discussions were considered [*sic*] with the Fairford First Nation and prior to any notice being given to the Fairford First Nation. Tacitly at least, Canada accepted that the Water Control Structure would be constructed without required provisions to respect and protect Fairford First Nation interests, and in fact this is what occurred.

Canada then knew, or ought to have known, that the construction and operation of the Water Control Structure had the known potential to interfere with the use and enjoyment of the Fairford reserve by the First Nation, including the aboriginal, treaty and/or constitutional rights to hunt, trap, fish and pursue other traditional customs and practices on Reserve lands and on neighbouring unoccupied Crown lands.

tion de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1960 compte tenu du rapport de 1948 et de la participation à l'étude de 1958, dans laquelle on omettait de tenir compte des intérêts juridiques et pratiques de la première nation de Fairford, et en s'engageant à financer le projet sans s'occuper des intérêts de la première nation de Fairford?»

#### 4.A.1. La position des demandeurs

[15] Les demandeurs soutiennent que le Canada avait une obligation fiduciaire envers la bande de Fairford pour ce qui est de sa participation à la planification, à l'approbation et au financement du projet concernant l'ouvrage de régularisation des eaux. Ils caractérisent les décisions du Canada à l'égard de la planification, de l'approbation et du financement de l'ouvrage comme s'il avait exercé un pouvoir discrétionnaire au détriment d'une bande indienne vulnérable. Ils disent que les circonstances ont donné naissance à une obligation fiduciaire de la part du Canada de tenir compte des effets de l'ouvrage sur les droits de la bande de Fairford, de s'assurer qu'il n'y ait pas d'inondations et d'autres effets néfastes et, par conséquent, de refuser de permettre la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux. Dans leur mémoire des faits et du droit, les demandeurs disent ceci:

[TRADUCTION] Lorsque le Canada a convenu de financer le projet à 50 p. 100, il a assuré que l'ouvrage de régularisation des eaux serait construit. Il a donné son approbation avant même qu'on envisage d'entamer des discussions avec la première nation de Fairford et avant d'aviser cette dernière à ce sujet. Le Canada a accepté, tacitement du moins, que l'ouvrage de régularisation des eaux soit construit sans exiger que des dispositions soient prises en vue d'assurer le respect et la protection des droits de la première nation de Fairford, et de fait, c'est ce qui s'est produit.

Le Canada savait alors, ou aurait dû savoir, que la construction et l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux risquaient de gêner l'utilisation de la réserve de Fairford par la première nation, et porteraient notamment atteinte aux droits ancestraux, aux droits issus de traités ou aux droits constitutionnels permettant à la bande de se livrer à des activités de chasse, de pêche et de piégeage et d'observer d'autres coutumes et pratiques traditionnelles sur les terres de la réserve et sur les terres publiques voisines innocuées.

#### 4.A.2. Facts

[16] In the early and mid-1950s, Manitoba had experienced severe spring flooding. In 1955, then Premier Douglas L. Campbell asked the Government of Canada to undertake a survey of Manitoba's main rivers and lakes as a preliminary to a comprehensive flood control program. Canada had an interest in such work as it had been called upon to provide flood relief in Manitoba in the past.

[17] By an agreement between Manitoba and Canada dated July 5, 1956, the Lakes Winnipeg and Manitoba Board was established and its terms of reference set out. The Board was to consist of representatives of both governments. Paragraphs 4, 5 and 6 of the Terms of Reference provided:

4. . . . The Board shall plan, supervise and carry out a survey of Lakes Winnipeg and Manitoba and the resources of waters within Manitoba flowing into and from those lakes and shall determine and report what further developments and controls of these water resources in its judgment would appear to be physically practicable with particular reference to (a) flood control and (b) hydro-electric power.

5. If the Board finds that certain works, projects or controls are feasible for one or both of the purposes designated above, it shall indicate in what respects other interests (whether public or private) would be affected either adversely or advantageously.

6. The Board may submit interim reports to the two governments but, at all events, shall render a final report on its findings not later than July 1, 1958. The reports shall be limited to engineering facts and opinions but shall contain estimates of the cost of measures found to be feasible and may contain estimates of the cost of and periods of time considered necessary to complete specific detailed studies with respect to various projects or control works covered by the reports and which, following review, may be selected and determined by Manitoba as advisable to be carried out. The survey and reports shall be limited to the matters mentioned above and shall not contain cost-benefit estimates.<sup>6</sup>

[18] The report of the Lakes Winnipeg and Manitoba Board on Measures for the Control of Water of Lakes Winnipeg and Manitoba was issued in June 1958. The

#### 4.A.2. Les faits

[16] Au début et au milieu des années 1950, il y a eu au Manitoba de grosses inondations printanières. En 1955, le premier ministre de l'époque, Douglas L. Campbell, a demandé au gouvernement du Canada d'effectuer une étude préliminaire des principales rivières et des principaux lacs du Manitoba en vue de l'élaboration d'un programme global de prévention des crues. Le Canada avait intérêt à effectuer pareille étude étant donné que, par le passé, il s'était vu obligé de secourir le Manitoba.

[17] Par une entente conclue entre le Manitoba et le Canada le 5 juillet 1956, la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba a été établie et son mandat a été énoncé. La Commission était composée de représentants des deux gouvernements. Les paragraphes 4, 5 et 6 du mandat prévoyaient ceci:

[TRADUCTION] 4. [ . . . ] La Commission planifiera, supervisera et effectuera une étude des lacs Winnipeg et Manitoba ainsi que des cours d'eau du Manitoba se versant dans ces lacs ou ayant leur source dans ces lacs; elle déterminera quels projets d'aménagement et de régularisation de ces cours d'eau sembleraient, à son avis, réalisables, notamment en ce qui concerne a) la prévention des crues et b) l'énergie hydro électrique, et fera rapport à ce sujet.

5. Si la Commission conclut que certains ouvrages et projets ou certaines mesures de contrôle sont faisables à l'une des fins énoncées ci-dessus ou aux deux fins énoncées ci-dessus, elle indiquera à quels égards d'autres intérêts (publics ou privés) seraient touchés, et ce, que ce soit d'une façon favorable ou d'une façon défavorable.

6. La Commission pourra soumettre des rapports provisoires aux deux gouvernements, et elle présentera un rapport final sur ses conclusions au plus tard le 1<sup>er</sup> juillet 1958. Les rapports ne porteront que sur des faits et avis concernant l'aspect technique, mais ils renfermeront des estimations du coût des mesures jugées faisables et pourront renfermer des estimations du coût et du temps jugés nécessaires pour effectuer des études détaillées précises à l'égard des divers projets et ouvrages de régularisation qui y sont mentionnés et que le Manitoba jugera opportun, à la suite d'un examen, de réaliser. L'étude et les rapports ne porteront que sur les questions susmentionnées et ne renfermeront pas d'évaluations coût-bénéfice<sup>6</sup>.

[18] Le rapport de la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba sur les mesures à prendre aux fins de la régularisation des eaux des lacs Winnipeg et Manitoba

recommended measure to alleviate flooding of lands bordering Lake Manitoba was the construction of the Water Control Structure on the Fairford River and a deepening of the channel in the Fairford River. The intent was to regulate the level of water in Lake Manitoba between 811 and 813 feet above sea level.

[19] Canada also provided Manitoba with financial assistance for construction of the Structure. Canada was to contribute one half of the cost up to a maximum of \$300,000.

[20] For purposes of financial assistance, Canada had to approve matters such as the location, engineering feasibility of the route, and method of construction which Manitoba proposed to follow. This is outlined in a federal government memorandum dated January 22, 1960:

In any case where the Federal Government makes a contribution to the cost of a project, it is essential that there be an engineering review of all the project data to determine as far as it is possible that the project is feasible and acceptable. Such a review is necessary regardless of the proportion of the cost to be paid by Canada. Under the Canada Water Conservation Assistance Act such a review of project data is carried out by engineers of the Water Resources Branch prior to approval of the project by this Department.

It would appear that Canada provided such approval.

[21] However, Manitoba owned, operated and controlled the Structure. The Water Control Structure was a provincial government project, a fact confirmed by a letter dated January 3, 1961, from G. L. MacKenzie, Director, Prairie Farm Rehabilitation, Department of Agriculture, Canada, to J. A. Griffiths, Director of Water Control and Conservation, Department of Agriculture and Conservation, Manitoba. Mr. MacKenzie states:

With respect to Section 3 of your second paragraph, I do not think that Canada should assume any responsibility for maintenance or third party liability. This is your Govern-

a été rendu public en juin 1958. Pour atténuer les effets de l'inondation des terres en bordure du lac Manitoba, on recommandait la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford et l'approfondissement du chenal de la rivière Fairford. On cherchait ainsi à régulariser le niveau des eaux du lac Manitoba de façon qu'il soit de 811 à 813 pieds au-dessus du niveau de la mer.

[19] Le Canada a également fourni au Manitoba de l'aide financière en vue de la construction de l'ouvrage. Il devait prendre en charge la moitié des coûts jusqu'à un maximum de 300 000 \$.

[20] Aux fins de l'aide financière, le Canada devait approuver des questions telles que l'emplacement, la faisabilité de la voie sur le plan technique, et la méthode de construction que le Manitoba se proposait d'employer. Ces questions sont énoncées dans un mémoire du gouvernement fédéral daté du 22 janvier 1960:

[TRADUCTION] Dans tous les cas où le gouvernement fédéral finance le coût d'un projet, il est essentiel qu'un examen technique de toutes les données relatives au projet soit effectué de façon qu'il soit possible de déterminer si le projet est faisable et s'il est souhaitable de le réaliser. Cet examen est nécessaire quelle que soit la mesure dans laquelle le Canada finance le projet. En vertu de la Loi canadienne sur l'aide à la conservation des eaux, l'examen des données relatives au projet est effectué par des ingénieurs de la Direction des ressources en eau avant que le ministère approuve le projet.

Le Canada semble avoir donné pareille approbation.

[21] Toutefois, le Manitoba possédait, exploitait et contrôlait l'ouvrage de régularisation des eaux. Il s'agissait d'un projet du gouvernement provincial, fait qui est confirmé par une lettre datée du 3 janvier 1961, de G. L. MacKenzie, directeur, Rétablissement agricole des Prairies, ministère de l'Agriculture du Canada, à J. A. Griffiths, directeur, Régularisation et conservation des eaux, ministère de l'Agriculture et de la Conservation du Manitoba. Voici ce que dit M. MacKenzie:

[TRADUCTION] En ce qui concerne la section 3 de votre deuxième paragraphe, je ne crois pas que le Canada doive être tenu responsable de l'entretien ou de la responsabilité

ment's project and we are merely contributing part of the cost as set out in our authority, P.C. 1960-1/1461. There is no similarity with the South Saskatchewan River Dam Project which is a national project being constructed by the Federal Government under special Agreement. The matter of controlling the project should determine liability.

[22] There is no evidence, apart from Canada's participation in the study, engineering approval and financing, leading to its construction, of any other involvement or control by Canada over the Water Control Structure.

#### 4.A.3. Fiduciary Duty Analysis

##### 4.A.3.a. Subsection 18(1) of the *Indian Act*

[23] To support their argument that Canada acted in a fiduciary capacity with respect to its involvement in the study, planning and approval of the Water Control Structure, the plaintiffs rely on subsection 18(1) of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, which provides:

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

The plaintiffs' argument is that Canada had a duty arising from subsection 18(1) not to act in any way that would impair the Band's use and benefit of the Reserve and that Canada's involvement with the Water Control Structure breached that duty.

[24] The plaintiffs' argument raises the question of whether a fiduciary duty arises when Her Majesty holds the Fairford Reserve for the use and benefit of the Band, to protect the Band and Reserve from the adverse effects of the operation of the Water Control Structure.

[25] The plaintiffs rely heavily on the *dicta* of Wilson J. in *Guerin*, *supra*, at pages 349-350:

civile. Il s'agit d'un projet de votre gouvernement et nous ne faisons que financer une partie des coûts tel qu'il est prévu dans le décret C.P. 1960-1/1461. Ce projet ne ressemble en rien au projet des ouvrages de la rivière Saskatchewan sud, qui est un projet national relevant du gouvernement fédéral en vertu d'une entente spéciale. Le responsable devrait être celui qui exerce un contrôle sur le projet.

[22] Rien ne montre que le Canada ait participé de quelque façon à l'ouvrage de régularisation des eaux ou qu'il ait exercé un contrôle, si ce n'est le fait qu'il a participé à l'étude, qu'il a donné son approbation sur le plan technique et qu'il a financé le projet, aux fins de sa réalisation.

#### 4.A.3. Analyse de l'obligation fiduciaire

##### 4.A.3.a. Paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*

[23] Pour étayer l'argument selon lequel le Canada a agi à titre de fiduciaire pour ce qui est de sa participation à l'étude, à la planification et à l'approbation de l'ouvrage de régularisation des eaux, les demandeurs se fondent sur le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, qui prévoit ceci:

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

Les demandeurs soutiennent que le Canada était tenu, en vertu du paragraphe 18(1), de ne pas agir de façon à gêner l'utilisation de la réserve par la bande et qu'en participant à l'ouvrage, il a violé cette obligation.

[24] L'argument invoqué par les demandeurs soulève la question de savoir si, lorsque Sa Majesté détient la réserve de Fairford à l'usage et au profit de la bande, naît une obligation fiduciaire de protéger la bande et la réserve contre les effets néfastes de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux.

[25] Les demandeurs se fondent fortement sur l'opinion incidente exprimée par le juge Wilson dans l'arrêt *Guerin*, précité, aux pages 349 et 350:

I think that when s. 18 mandates that reserves be held by the Crown for the use and benefit of the Bands for which they are set apart, this is more than just an administrative direction to the Crown. I think it is the acknowledgement of a historic reality, namely that Indian Bands have a beneficial interest in their reserves and that the Crown has a responsibility to protect that interest and make sure that any purpose to which reserve land is put will not interfere with it. That is not to say that the Crown either historically or by s. 18 holds the land in trust for the Bands. The Bands do not have the fee in the land; their interest is a limited one. But it is an interest which cannot be derogated from or interfered with by the Crown's utilization of the land for purposes incompatible with the Indian title unless, of course, the Indians agree. I believe that in this sense the Crown has a fiduciary obligation to the Indian Bands with respect to the uses to which reserve land may be put and that s. 18 is a statutory acknowledgement of that obligation. It is my view, therefore, that while the Crown does not hold reserve land under s.18 of the Act in trust for the Bands because the Bands' interests are limited by the nature of Indian title, it does hold the lands subject to a fiduciary obligation to protect and preserve the Bands' interests from invasion or destruction. [Emphasis added.]

Relying on this statement, the plaintiffs argue that subsection 18(1) imposed a duty on Canada not to permit the Water Control Structure to be constructed.

[26] In *Guerin, supra*, Wilson J. wrote for three judges. Dickson J. (as he then was) wrote for four. Dickson J.'s approach was to associate the Crown's fiduciary duty to the Indians' unique interest in their lands and the inalienability of those lands except upon surrender to the Crown. At page 376 he states:

The fiduciary relationship between the Crown and the Indians has its roots in the concept of the aboriginal, native or Indian title. The fact that Indians Bands have a certain interest in lands does not, however, in itself give rise to a fiduciary relationship between the Indians and the Crown. The conclusion that the Crown is a fiduciary depends upon the further proposition that the Indian interest in the land is inalienable except upon surrender to the Crown.

An Indian Band is prohibited from directly transferring its interest to a third party. Any sale or lease of land can only

Je crois qu'en disposant que les réserves seront détenues par Sa Majesté à l'usage et au profit des bandes pour lesquelles elles sont mises de côté, l'art. 18 fait plus que donner une directive administrative à Sa Majesté. Je crois qu'il s'agit de la reconnaissance d'une réalité historique, savoir que les Indiens ont un droit de bénéficiaire sur leurs réserves et qu'il incombe à Sa Majesté de protéger ce droit et de s'assurer que les fins auxquelles les terres des réserves sont utilisées ne portent pas atteinte à ce droit. Cela ne signifie pas que, soit historiquement soit en vertu de l'art. 18, Sa Majesté détient les terres en fiducie pour les bandes. Les bandes n'ont pas la propriété absolue des terres; leur droit est limité. C'est cependant un droit auquel Sa Majesté ne peut porter atteinte ou qu'elle ne peut diminuer par l'utilisation des terres à des fins incompatibles avec le titre indien, à moins évidemment que les Indiens y consentent. Je crois que, dans ce sens, Sa Majesté a une obligation de fiduciaire envers les bandes indiennes relativement à l'utilisation qui peut être faite des terres des réserves, et que l'art. 18 constitue une reconnaissance légale de cette obligation. Par conséquent, je suis d'avis que, bien que Sa Majesté ne détienne pas les terres des réserves en fiducie pour les bandes en vertu de l'art. 18 de la Loi, parce que les droits des bandes sont limités par la nature du titre indien, elle les détient sous réserve de l'obligation qui incombe au fiduciaire de protéger et préserver les droits des bandes contre l'extinction ou l'empiètement. [Je souligne.]

En se fondant sur cette remarque, les demandeurs soutiennent que le paragraphe 18(1) imposait au Canada l'obligation de ne pas permettre la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux.

[26] Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Wilson a prononcé des motifs au nom de trois juges. Le juge Dickson (tel était alors son titre) a prononcé des motifs au nom de quatre juges. L'approche adoptée par le juge Dickson consistait à associer l'obligation fiduciaire de la Couronne au droit unique en son genre que les Indiens ont sur leurs terres et à l'inaliénabilité de ces terres sauf par cession à la Couronne. À la page 376, le juge dit ceci:

Le rapport fiduciaire entre Sa Majesté et les Indiens découle du concept du titre aborigène, autochtone ou indien. Cependant, le fait que les bandes indiennes possèdent un certain droit sur des terres n'engendre pas en soi un rapport fiduciaire entre les Indiens et Sa Majesté. Pour conclure que Sa Majesté est fiduciaire, il faut aussi que le droit des Indiens sur les terres soit inaliénable, sauf dans le cas d'une cession à Sa Majesté.

Il est interdit à une bande indienne de céder son droit directement à un tiers. La vente ou la location de terres ne

be carried out after a surrender has taken place, with the Crown then acting on the Band's behalf. The Crown first took this responsibility upon itself in the Royal Proclamation of 1763. It is still recognized in the surrender provisions of the *Indian Act*. The surrender requirement, and the responsibility it entails, are the source of a distinct fiduciary obligation owed by the Crown to the Indians. [Emphasis added.]

That a fiduciary duty arose only upon surrender was further reinforced at page 382:

It is true that the *sui generis* interest which the Indians have in the land is personal in the sense that it cannot be transferred to a grantee, but it is also true, as will presently appear, that the interest gives rise upon surrender to a distinctive fiduciary obligation on the part of the Crown to deal with the land for the benefit of the surrendering Indians. . . . The nature of the Indians' interest is therefore best characterized by its general inalienability, coupled with the fact that the Crown is under an obligation to deal with the land on the Indians' behalf when the interest is surrendered. Any description of Indian title which goes beyond these two features is both unnecessary and potentially misleading. [Emphasis added.]

[27] According to Dickson J., the effect of subsection 18(1) was to confer upon the Crown an obligation to protect Indians' interests in transactions with third parties. For that purpose, the Crown, once land was surrendered, was given a discretion to decide what was in the best interests of the Indians. He states at pages 383-384:

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. This is made clear in the Royal Proclamation itself, which prefaces the provision making the Crown an intermediary with a declaration that "great Frauds and Abuses have been committed in purchasing Lands of the Indians, to the great Prejudice of our Interests, and to the great Dissatisfaction of the said Indians . . ." Through the confirmation of the *Indian Act* of the historic responsibility which the Crown has undertaken, to act on behalf of the Indians so as to protect their interests in transactions with third parties, Parliament has conferred upon the Crown a discretion to decide for itself where the Indians' best interests really lie. This is the effect of s. 18(1) of the Act.

This discretion on the part of the Crown, far from ousting, as the Crown contends, the jurisdiction of the courts to

peut avoir lieu qu'à la suite d'une cession et c'est alors Sa Majesté qui agit au nom de la bande. C'est dans la Proclamation royale de 1763 que Sa Majesté a pour la première fois endossé cette responsabilité qui lui est encore reconnue dans les dispositions de la *Loi sur les Indiens* relatives aux cessions. L'exigence d'une cession et la responsabilité qui en découle ont pour effet d'imposer à Sa Majesté une obligation de fiduciaire distincte envers les Indiens. [Je souligne.]

Le fait qu'une obligation fiduciaire n'existe qu'en cas de cession a en outre été renforcé à la page 382:

Il est vrai que le droit *sui generis* des Indiens sur leurs terres est personnel en ce sens qu'il ne peut être transféré à un cessionnaire, mais il est également vrai, comme nous allons le constater plus loin, que ce droit, lorsqu'il est cédé, a pour effet d'imposer à Sa Majesté l'obligation de fiduciaire particulière d'utiliser les terres au profit des Indiens qui les ont cédées [. . .] Le droit des Indiens se distingue donc surtout par son inaliénabilité générale et par le fait que Sa Majesté est tenue d'administrer les terres pour le compte des Indiens lorsqu'il y a eu cession de ce droit. Toute description du titre indien qui va plus loin que ces deux éléments est superflue et risque d'induire en erreur. [Je souligne.]

[27] Selon le juge Dickson, le paragraphe 18(1) avait pour effet de conférer à la Couronne l'obligation de protéger les droits des Indiens dans des opérations avec des tiers. À cette fin, une fois les terres cédées, la Couronne se voyait conférer le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui était vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Le juge fait la remarque suivante aux pages 383 et 384:

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. Cet objet ressort nettement de la Proclamation royale elle-même qui porte, au début de la disposition qui fait de Sa Majesté un intermédiaire, «qu'il s'est commis des fraudes et des abus dans les achats de terres des sauvages au préjudice de Nos intérêts et au grand mécontentement de ces derniers [. . .]» En confirmant dans la *Loi sur les Indiens* cette responsabilité historique de Sa Majesté de représenter les Indiens afin de protéger leurs droits dans les opérations avec des tiers, le Parlement a conféré à Sa Majesté le pouvoir discrétionnaire de décider elle-même ce qui est vraiment le plus avantageux pour les Indiens. Tel est l'effet du par. 18(1) de la Loi.

Ce pouvoir discrétionnaire, loin de supplanter comme le prétend Sa Majesté, le droit de regard qu'ont les tribunaux



regulate the relationship between the Crown and the Indians, has the effect of transforming the Crown's obligation into a fiduciary one. [Emphasis added.]

[28] It is Dickson J.'s approach to the fiduciary relationship between the Crown and the Aboriginals that is authoritative and that has been adopted in subsequent cases. See *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *Roberts v. Canada*, [1989] 1 S.C.R. 322; *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.); *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Indian & Northern Affairs)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232 (F.C.T.D.).

[29] For example, in *Blueberry*, *supra*, the bands argued that because the Crown holds title to reserve lands, it possesses power with respect to those lands and must exercise that power as a fiduciary on behalf of the band. They argued that such a fiduciary duty was consistent with the paternalistic tone of the *Indian Act*. In rejecting this notion, McLachlin J.<sup>7</sup> stated at page 370:

... the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection. The band's consent was required to surrender its reserve. Without that consent the reserve could not be sold. But the Crown, through the Governor in Council, was also required to consent to the surrender. The purpose of the requirement of Crown consent was not to substitute the Crown's decision for that of the band, but to prevent exploitation.

...

In short, the Crown's obligation was limited to preventing exploitative bargains.

[30] There is no indication in the authorities that a fiduciary duty arises simply by reason of Her Majesty holding reserve land for the use and benefit of an

sur les rapports entre Sa Majesté et les Indiens, a pour effet de transformer l'obligation qui lui incombe en une obligation de fiduciaire. [Je souligne.]

[28] C'est l'approche que le juge Dickson a adoptée à l'égard du rapport fiduciaire existant entre la Couronne et les Autochtones qui fait autorité et qui a été adoptée dans les arrêts subséquents. Voir *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *Roberts c. Canada*, [1989] 1 R.C.S. 322; *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.); *Bande de la première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)* (1996), 11 Admin. L.R. (2d) 232 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.).

[29] Ainsi, dans l'affaire *Blueberry*, précitée, les bandes avaient soutenu qu'étant donné que la Couronne détient le titre relatif aux terres de la réserve, elle est investie de certains pouvoirs à l'égard de ces terres et elle doit les exercer à titre de fiduciaire, pour le compte de la bande concernée. Les bandes avaient soutenu que pareille obligation fiduciaire était conforme au ton paternaliste de la *Loi sur les Indiens*. En rejetant cette idée, le juge McLachlin<sup>7</sup> a dit ceci, aux pages 370 et 371:

[...], les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection. Il fallait que la bande visée consente à la cession de sa réserve, à défaut de quoi celle-ci ne pouvait pas être vendue. Par ailleurs, il fallait également que la Couronne, par l'intermédiaire du gouverneur en conseil, consente à la cession. L'exigence que la Couronne consente à la cession n'avait pas pour objet de substituer la décision de cette dernière à celle des bandes, mais plutôt d'empêcher que celles-ci se fassent exploiter.

[...]

Bref, l'obligation de la Couronne se limitait à prévenir les marchés abusifs.

[30] Rien n'indique dans les arrêts qu'une obligation fiduciaire prend naissance du simple fait que Sa Majesté détient les terres de la réserve à l'usage et au

Indian band pursuant to subsection 18(1).

[31] That is not to say there is no academic comment criticizing the consistent practice of the courts following *Guerin* to adhere to the approach of Dickson J. See for example Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), at pages 104-110. However, there is no indication that the courts have deviated from Dickson J.'s approach.

#### 4.A.3.b. *R. v. Sparrow*

[32] In light of the Supreme Court of Canada's decision in *R. v. Sparrow*, *supra*, it has also been argued that fiduciary obligations are triggered whenever, by government action, Aboriginal rights are extinguished, i.e. that surrender is not a necessary condition. In Patrick Macklem, "Aboriginal Rights and State Obligations" (1997), 36 *Alta. L.R.* 97, the author states at page 112 that:

First, *Sparrow* is an indication that the conservative view that fiduciary obligations are triggered only upon the voluntary surrender of Aboriginal land is to be supplemented with a more expansive view that fiduciary obligations are also triggered upon unilateral extinguishments of Aboriginal rights. If the Crown owes fiduciary obligations to Aboriginal people when it unilaterally interferes with the exercise of Aboriginal rights, then *a fortiori* the Crown, at least after 1982, owes certain fiduciary obligations when it unilaterally extinguishes Aboriginal rights.

[33] *Sparrow* was a challenge to the *Fisheries Act*, R.S.C. 1970, c. F-14, section 34 on the grounds that section 34 of the Act conflicted with Aboriginal rights recognized and affirmed under subsection 35(1) of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].<sup>8</sup> In *Sparrow*, the Supreme Court held that when such legislation is enacted, the Crown is under a duty to justify any negative effect on Aboriginal rights protected under subsection 35(1). The Court held that

profit d'une bande indienne conformément au paragraphe 18(1).

[31] Cela ne veut pas pour autant dire que les auteurs n'ont pas critiqué la pratique uniforme des tribunaux, à la suite de la décision rendue dans l'affaire *Guerin*, de souscrire à l'approche préconisée par le juge Dickson. Voir par exemple Leonard Ian Rotman, *Parallel Paths: Fiduciary Doctrine and the Crown-Native Relationship in Canada* (Toronto: University of Toronto Press, 1996), aux pages 104 à 110. Toutefois, rien n'indique que les tribunaux aient dérogé à cette approche.

#### 4.A.3.b. *R. c. Sparrow*

[32] À la lumière de la décision rendue par la Cour suprême du Canada dans l'affaire *R. c. Sparrow*, précitée, il a également été soutenu qu'une obligation fiduciaire prend naissance dès que, par suite d'une mesure gouvernementale, les droits ancestraux sont éteints, c'est-à-dire que la cession n'est pas une condition nécessaire. Dans «Aboriginal Rights and State Obligations» (1997), 36 *Alta. L.R.* 97, Patrick Macklem dit ceci, à la page 112:

[TRADUCTION] Premièrement, l'arrêt *Sparrow* montre qu'à l'avis conservateur selon lequel les obligations fiduciaires prennent naissance seulement si des terres autochtones sont volontairement cédées, il faut ajouter l'avis plus large selon lequel ces obligations prennent également naissance lorsque les droits ancestraux sont unilatéralement éteints. Si la Couronne a envers le peuple autochtone des obligations fiduciaires lorsqu'elle s'ingère unilatéralement dans l'exercice des droits ancestraux, elle a *a fortiori* certaines obligations fiduciaires, du moins depuis 1982, lorsqu'elle éteint unilatéralement les droits ancestraux.

[33] Dans l'affaire *Sparrow*, l'article 34 de la *Loi sur les pêcheries*, S.R.C. 1970, ch. F-14, était contesté pour le motif qu'il allait à l'encontre des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, annexe B, *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 44]<sup>8</sup>. La Cour suprême a statué que lorsque pareilles dispositions législatives sont édictées, la Couronne est tenue de justifier tout effet préjudiciable sur les droits ances-

this justification requirement acknowledges the concept of “holding the Crown to a high standard of honourable dealing with respect to the aboriginal peoples of Canada as suggested by *Guerin v. The Queen, supra*” (see page 1109). Other than recognizing a duty upon the Crown to justify legislative infringement on Aboriginal rights recognized and affirmed under subsection 35(1), I do not read the Supreme Court in *Sparrow* to have added or derogated from the findings of Dickson J. in *Guerin* respecting the law of fiduciary duties in the Aboriginal context.

4.A.3.c. *Union of Nova Scotia Indians v. Canada*  
(Attorney General)

[34] The plaintiffs also refer to the *dicta* of MacKay J. in *Union of Nova Scotia Indians v. Canada (Attorney General)*, [1997] 1 F.C. 325 (T.D.). The plaintiffs say that *Union* stands for the proposition that Canada has a general fiduciary duty not to permit unjustified adverse effects upon Aboriginal interests.

[35] *Union* was a judicial review of an environmental assessment process. At one point, the Mi’kmaq Indians alleged procedural unfairness because the respondents did not request that the applicants sign off on an environmental screening document before undertaking to commence with a channel improvement project. The applicants alleged this was a failure to discharge the Crown’s fiduciary duty owed to the Mi’kmaq Indians in light of the provisions set out in the *Canadian Environmental Assessment Act*, S.C. 1992, c. 37 (CEAA).

[36] At page 339, MacKay J. observed that while the nature of the relevant fiduciary duty was not spelled out in argument:

traux protégés par le paragraphe 35(1). La Cour a statué que cette exigence, en ce qui concerne la justification, reconnaît l’idée selon laquelle «la Couronne doit être tenue au respect d’une norme élevée—celle d’agir honorablement—dans ses rapports avec les peuples autochtones du Canada, comme le laisse entendre l’arrêt *Guerin c. La Reine*, précité» (page 1109). À part le fait de reconnaître que la Couronne est tenue de justifier la violation législative des droits ancestraux reconnus et confirmés par le paragraphe 35(1), je n’interprète pas la décision que la Cour suprême a rendue dans l’affaire *Sparrow* comme ajoutant quoi que ce soit aux conclusions tirées par le juge Dickson dans l’affaire *Guerin* à l’égard du droit des obligations fiduciaires dans le contexte autochtone, ou comme dérogeant à ces conclusions.

4.A.3.c. *Union of Nova Scotia Indians c. Canada*  
(Procureur général)

[34] Les demandeurs citent également l’opinion incidente exprimée par le juge MacKay dans la décision *Union of Nova Scotia Indians c. Canada (Procureur général)*, [1997] 1 C.F. 325 (1<sup>re</sup> inst.). Ils disent que cette décision étaye la thèse selon laquelle le Canada a une obligation fiduciaire générale de ne pas permettre qu’il y ait des effets négatifs injustifiés sur les droits ancestraux.

[35] Dans l’affaire *Union*, la Cour effectuait le contrôle judiciaire d’une évaluation environnementale. À un moment donné, les Indiens Micmac avaient allégué qu’il y avait iniquité procédurale parce que les défendeurs n’avaient pas demandé aux demandeurs de signer un document relatif à l’examen préliminaire avant d’entreprendre un projet d’amélioration d’un chenal. Les demandeurs avaient allégué que la Couronne avait ainsi omis de s’acquitter de l’obligation fiduciaire qu’elle avait envers les Indiens Micmac compte tenu des dispositions énoncées dans la *Loi canadienne sur l’évaluation environnementale*, L.C. 1992, ch. 37 (LCEE).

[36] À la page 339, le juge MacKay a fait remarquer que bien que la nature de l’obligation fiduciaire en question n’ait pas été énoncée dans l’argumentation:

. . . it would at least include the duty not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests.

At pages 349-350 he concludes:

As earlier stated, I find that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to assess potential adverse effects of the project upon the use of fishery resources within the Bras d'Or Lakes by the Mi'kmaq people for traditional purposes, that is, for food. As earlier noted, that use has clearly been affirmed by the Nova Scotia Court of Appeal. It is an Aboriginal interest which those acting on behalf of Her Majesty have a fiduciary duty to protect from unwarranted adverse effects of the project, and I have found that those acting on behalf of the Ministers concerned failed to consider the fiduciary duty here owed. Those failures constituted unfairness in the process and errors in law. [Emphasis added.]

It is these statements on which the plaintiffs in this case rely to support their claim that Canada had a similar duty not to allow the Water Control Structure to negatively affect the interests of the Fairford Band.

[37] Paragraph 16(1)(a) of the CEEA sets out one of the requirements for an environmental screening report as consideration of the "environmental effects of a project". Subsection 2(1) defines "environmental effect" as:

2. (1) In this Act,

. . .

"environmental effect" means, in respect of a project,

(a) any change that the project may cause in the environment, including any effect of any such change on health and socio-economic conditions, on physical and cultural heritage, on the current use of lands and resources for traditional purposes by aboriginal persons, or on any structure, site or thing that is of historical, archaeological, paleontological or architectural significance. [Emphasis added.]

[38] In describing the duty of the government, MacKay J. states at page 342:

It was urged for the applicants that under the CEEA, they, as representatives of Aboriginal peoples, have a special role

[. . .] elle comporterait au moins le fait de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents.

Aux pages 349 et 350, le juge conclut ce qui suit:

Comme je l'ai indiqué plus tôt, je conclus que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis d'évaluer les effets négatifs éventuels du projet sur l'usage des ressources halieutiques des lacs Bras d'Or par les Micmacs à des fins traditionnelles, c'est-à-dire, alimentaires. Ainsi que je l'ai signalé plus tôt, la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse a clairement confirmé cet usage. Il s'agit d'un droit des Autochtones, que les personnes agissant au nom de Sa Majesté se trouvent dans l'obligation fiduciaire de protéger contre les effets négatifs injustifiés du projet, et je suis arrivé à la conclusion que les personnes agissant pour le compte des ministres concernés ont omis de prendre en considération l'obligation fiduciaire qui était requise en l'espèce. Ces omissions constituaient un cas d'inéquité procédurale et des erreurs de droit. [Je souligne.]

En l'espèce, les demandeurs se fondent sur ces remarques pour étayer l'allégation selon laquelle le Canada avait une obligation similaire de ne pas permettre que l'ouvrage de régularisation des eaux ait un effet négatif sur les droits de la bande de Fairford.

[37] En vertu de l'alinéa 16(1)a) de la LCEE, il doit être tenu compte, dans le rapport d'examen préalable, des «effets environnementaux du projet». L'expression «effets environnementaux» est définie comme suit au paragraphe 2(1):

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

[. . .]

«effets environnementaux» [. . .] les changements que la réalisation d'un projet risque de causer à l'environnement [. . .] sont comprises parmi les changements à l'environnement les répercussions de ceux-ci soit en matière sanitaire et socio-économique, soit sur l'usage courant de terres et de ressources à des fins traditionnelles par les autochtones, soit sur une construction, un emplacement ou une chose d'importance en matière historique, archéologique, paléontologique ou architecturale. [Je souligne.]

[38] En décrivant l'obligation du gouvernement, le juge MacKay dit ceci, à la page 342:

Il a été allégué pour le compte des requérantes qu'en vertu de la LCEE, ces dernières, en qualité de représentantes des

in the environmental assessment process, as a result of the Act itself and the fiduciary duty owed to them. I am not persuaded of this. Nevertheless, it is clear that the CEEA requires assessment of many effect of environmental change on the current use of their interests in the fisheries in the Bras d'Or Lakes for traditional purposes. [Emphasis added.]

[39] In my opinion, the plaintiffs have carried the *dicta* of MacKay J. in *Union* beyond its context and purpose. I think that the basis for MacKay J.'s reference to the fiduciary duty, "not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests" was the statutory requirement that an environmental report consider the effect of any project on the use of the lands and resources for traditional purposes by Aboriginal persons. I do not read MacKay J. to have identified a general and pervasive obligation on the Crown in the manner argued by the plaintiffs in this case.

#### 4.A.3.d. *Frame v. Smith*

[40] While I do not suggest that the Crown's fiduciary duty is limited to the surrendering of Indian land, there must be circumstances present which give rise to a fiduciary duty on the Crown which arise from the facts. In *Semiahmoo*, *supra*, at page 22, Isaac C.J. states:

The authorities on fiduciary duties establish that courts must assess the specific relationship between the parties in order to determine whether or not it gives rise to a fiduciary duty and, if yes, to determine the nature and scope of that duty.

This raises the question as to whether, apart from subsection 18(1) of the *Indian Act*, the facts relating to the Crown's involvement in the study, approval and financing of the Water Control Structure gave rise to a fiduciary duty upon the Crown.

Autochtones, ont un rôle spécial à jouer dans le processus d'évaluation environnementale, et ce, du fait de la Loi elle-même et de l'obligation fiduciaire à leur endroit. Je n'en suis pas convaincu. Il est clair toutefois que la LCEE exige que l'on évalue tout effet d'un changement environnemental sur l'usage courant de leurs droits sur les ressources halieutiques des lacs Bras d'Or à des fins traditionnelles. [Je souligne.]

[39] À mon avis, les demandeurs ont interprété la remarque incidente que le juge MacKay a faite dans la décision *Union* au delà du contexte et du but visé. Je crois qu'en disant qu'il existait une obligation fiduciaire «de ne pas permettre que s'exercent des effets négatifs injustifiés sur des droits autochtones permanents», le juge MacKay se fondait sur l'exigence législative voulant qu'il soit tenu compte, dans le rapport, des effets de la réalisation d'un projet sur l'usage des terres et des ressources à des fins traditionnelles par les autochtones. Contrairement à ce que les demandeurs ont soutenu en l'espèce, je n'interprète pas les remarques du juge MacKay comme ayant établi l'existence d'une obligation générale primordiale incombant à la Couronne.

#### 4.A.3.d. *Frame c. Smith*

[40] Je ne veux pas laisser entendre que l'obligation fiduciaire de la Couronne est limitée à la cession des terres indiennes, mais il doit exister des circonstances donnant lieu à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne. Dans l'arrêt *Semiahmoo*, précité, à la page 22, le juge en chef Isaac, dit ceci:

Les ouvrages et arrêts portant sur les obligations fiduciaires établissent que les tribunaux doivent évaluer la relation particulière qui existe entre les parties afin de décider si elle donne lieu à une obligation fiduciaire et, dans l'affirmative, en vue de déterminer la nature et l'étendue de cette obligation.

Cela soulève la question de savoir si, indépendamment du paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens*, les faits se rapportant à la participation de la Couronne à l'étude ainsi qu'à l'approbation et au financement de l'ouvrage de régularisation des eaux ont donné naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne.

[41] Outside of the traditionally recognized categories of fiduciary, i.e. trustee, agent, etc., Wilson J. in *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99, at page 136, proposed a “rough and ready guide” to determining whether the imposition of a fiduciary obligation on a relationship would be appropriate:

Relationships in which a fiduciary obligation have been imposed seem to possess three general characteristics:

- (1) The fiduciary has scope for the exercise of some discretion or power.
- (2) The fiduciary can unilaterally exercise that power or discretion so as to affect the beneficiary’s legal or practical interests.
- (3) The beneficiary is peculiarly vulnerable to or at the mercy of the fiduciary holding the discretion or power.

Although Wilson J. wrote in dissent in *Frame v. Smith*, her “rough and ready” guide has been widely adopted in subsequent jurisprudence.

4.A.3.e. *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*

[42] In *Lac Minerals Ltd. v. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 S.C.R. 574, Sopinka J., writing for the majority of the Court (dissenting in part with respect to the appropriate remedy but speaking for three of five judges relative to the issue of fiduciary relationship), adopted Wilson J.’s approach. At pages 599-600 he added:

It is possible for a fiduciary relationship to be found although not all of these characteristics are present, nor will the presence of these ingredients invariably identify the existence of a fiduciary relationship.

He went on to note, however, that the one requirement indispensable to a fiduciary duty was dependency or vulnerability:

The one feature, however, which is considered to be indispensable to the existence of the relationship, and which is most relevant in this case, is that of dependency or vulnerability. In this regard, I agree with the statement of Dawson J. in *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, *supra*, at p. 488, that:

[41] En dehors des catégories de fiduciaires traditionnellement reconnues, à savoir le fiduciaire, le mandataire, etc., le juge Wilson, dans l’arrêt *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99, à la page 136, a proposé un «guide rudimentaire» permettant de déterminer si l’imposition d’une obligation fiduciaire est appropriée:

Les rapports dans lesquels une obligation fiduciaire a été imposée semblent posséder trois caractéristiques générales:

- (1) le fiduciaire peut exercer un certain pouvoir discrétionnaire.
- (2) le fiduciaire peut unilatéralement exercer ce pouvoir discrétionnaire de manière à avoir un effet sur les intérêts juridiques ou pratiques du bénéficiaire.
- (3) le bénéficiaire est particulièrement vulnérable ou à la merci du fiduciaire qui détient le pouvoir discrétionnaire.

Le juge Wilson prononçait des motifs dissidents dans l’arrêt *Frame c. Smith*, mais son guide «rudimentaire» a été largement adopté dans des arrêts subséquents.

4.A.3.e. *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*

[42] Dans l’arrêt *Lac Minerals Ltd. c. International Corona Resources Ltd.*, [1989] 2 R.C.S. 574, le juge Sopinka, au nom de la majorité de la Cour (tout en étant dissident en partie en ce qui concerne la réparation qu’il convenait d’accorder, mais prononçant des motifs au nom de trois des cinq juges au sujet de la question du rapport fiduciaire) a adopté l’approche préconisée par le juge Wilson. Aux pages 599 et 600, il a ajouté ceci:

Il est possible de conclure qu’il y a des rapports fiduciaires, même si toutes ces caractéristiques ne sont pas présentes. Par ailleurs, leur présence n’est pas toujours concluante quant à l’existence de rapports fiduciaires.

Toutefois, il a ensuite fait remarquer que la seule exigence indispensable en ce qui concerne l’obligation fiduciaire était la dépendance ou la vulnérabilité:

Toutefois la seule caractéristique jugée indispensable à l’existence de rapports fiduciaires—la plus pertinente en l’espèce—est celle de la dépendance ou de la vulnérabilité. À ce propos, je souscris à l’avis exprimé par le juge Dawson dans l’affaire *Hospital Products Ltd. v. United States Surgical Corp.*, précitée, à la p. 488:

There is, however, the notion underlying all the cases of fiduciary obligation that inherent in the nature of the relationship itself is a position of disadvantage or vulnerability on the part of one of the parties which causes him to place reliance upon the other and requires the protection of equity acting upon the conscience of that other . . . .

At page 607, Sopinka J. quoted Wilson J. in *Frame*, in describing vulnerability:

This vulnerability arises from the inability of the beneficiary (despite his or her best efforts) to prevent the injurious exercise of the power or discretion combined with the grave inadequacy or absence of other legal or practical remedies to redress the wrongful exercise of the discretion or power.

[43] With Sopinka J.'s majority reasons in *Lac Minerals*, Wilson J.'s "rough and ready" guide became authoritative. In essence, it recognized that both a discretion or power on the part of the fiduciary and vulnerability on the part of the beneficiary, defined the fiduciary relationship. Vulnerability was an essential requirement and vulnerability meant that the beneficiary, despite his or her best efforts, was unable to prevent the injurious exercise of discretion or power by the fiduciary and that other legal or practical remedies were inadequate or absent.

#### 4.A.3.f. *Hodgkinson v. Simms*—majority—reasonable expectations

[44] The question of fiduciary duty outside of the recognized categories was again addressed by the Supreme Court in *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. This case is a notable departure from Wilson J.'s guide in *Frame*, and the definition of vulnerability adopted in *Lac Minerals*.

[45] La Forest J., who wrote for the majority in that case<sup>9</sup> held that "Wilson J.'s guidelines constitute *indicia* that help recognize a fiduciary relationship rather than ingredients that define it." Moreover, for the first time, a majority of the Supreme Court found that the existence of a fiduciary duty depended, not on

[TRADUCTION] Cependant, sous-jacente à tous les cas d'obligation fiduciaire est la notion que, de par la nature des rapports eux-mêmes, l'une des parties se trouve désavantagée ou vulnérable et, pour cette raison, fait confiance à l'autre partie et doit bénéficier en conséquence de la protection de l'*equity* qui fait appel à la conscience de cette autre partie [. . .]

À la page 607, le juge Sopinka a cité les remarques que le juge Wilson avait faites dans l'arrêt *Frame*, en décrivant ce qu'on entendait par vulnérabilité:

Cette vulnérabilité découle de l'incapacité du bénéficiaire (malgré ses meilleurs efforts) d'empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire combiné à la grave insuffisance ou à l'absence de tout autre recours juridique ou pratique pour réparer l'exercice injustifié du pouvoir discrétionnaire.

[43] Avec les motifs que le juge Sopinka a prononcés au nom de la majorité dans l'arrêt *Lac Minerals*, le guide «rudimentaire» du juge Wilson fait autorité. Il a reconnu essentiellement que le rapport fiduciaire était défini à la fois par l'existence d'un pouvoir discrétionnaire de la part du fiduciaire et par la vulnérabilité du bénéficiaire. La vulnérabilité était une exigence essentielle, et elle signifiait que le bénéficiaire, malgré ses meilleurs efforts, ne pouvait pas empêcher l'exercice abusif du pouvoir discrétionnaire par le fiduciaire et que les autres recours juridiques ou pratiques étaient insuffisants ou absents.

#### 4.A.3.f. *Hodgkinson c. Simms*—majorité—attentes raisonnables

[44] La question de l'existence d'une obligation fiduciaire en dehors des catégories reconnues a de nouveau été examinée par la Cour suprême dans l'arrêt *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. Cet arrêt s'écarte d'une façon notable du guide proposé par le juge Wilson dans l'arrêt *Frame* et de la définition de la vulnérabilité adoptée dans l'arrêt *Lac Minerals*.

[45] Le juge La Forest, au nom de la majorité<sup>9</sup>, a statué que «[l]es lignes directrices du juge Wilson sont des indices qui aident à reconnaître une relation fiduciaire plutôt que les éléments qui la définissent». En outre, pour la première fois, la majorité des juges ont conclu que l'existence d'une obligation fiduciaire

the existence and/or type of vulnerability defined by the majority in *Lac Minerals*, but on the reasonable expectations of the parties. At page 409, La Forest J. says that the question to ask is whether:

. . . given all the surrounding circumstances, one party could reasonably have expected that the other party would act in the former's best interests with respect to the subject matter at issue. Discretion, influence, vulnerability and trust were mentioned as non-exhaustive examples of evidential factors to be considered in making this determination.

[46] La Forest J. also noted the necessity for a mutual understanding on behalf of both parties of this reasonable expectation. At pages 409-410, he states:

. . . outside the established categories, what is required is evidence of a mutual understanding that one party has relinquished its own self-interest and agreed to act solely on behalf of the other party.

[47] La Forest J. found that a "reasonable expectations approach" defined a fiduciary relationship in "advisory cases" where one party held himself out to have particular expertise and agreed to act in the other's best interests in using that expertise. However, at page 410, he cautioned that "there must be something more than a simple undertaking by one party to provide information and execute orders for the other for a relationship to be enforced as fiduciary". Elements "such as trust, confidentiality, and the complexity and importance of the subject matter" were all necessary to make it "reasonable for the advisee to expect that the advisor [wa]s in fact exercising his or her special skills in that other party's best interests, unless the contrary [wa]s disclosed".

4.A.3.g. *Hodgkinson v. Simms*—the dissent—one party in the power of the other

[48] The dissenting opinion of Sopinka and McLachlin JJ. in *Hodgkinson* also requires consideration in light of the reasons given by Iacobucci J. While he supported La Forest J. in finding a fiduciary

dépendait non de l'existence d'une vulnérabilité au sens attribué à ce mot par la majorité dans l'arrêt *Lac Minerals*, ou du genre de vulnérabilité décrit dans ce dernier arrêt, mais des attentes raisonnables des parties. À la page 409, le juge La Forest dit qu'il s'agit de savoir si:

[. . .] compte tenu de toutes les circonstances en présence, une partie pouvait raisonnablement s'attendre à ce que l'autre agisse dans l'intérêt de la première relativement au sujet en cause. La discrétion, l'influence, la vulnérabilité et la confiance étaient décrits comme des exemples non exhaustifs de facteurs probants dont il faut tenir compte lorsqu'on prend cette décision.

[46] Le juge La Forest a également fait remarquer qu'il doit exister une entente mutuelle pour le compte des deux parties au sujet de cette attente raisonnable. Aux pages 409 et 410, il a dit ceci:

[. . .] lorsqu'on ne se trouve pas en présence des catégories établies, il faut faire la preuve que les parties ont mutuellement convenu que l'une d'elles renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre.

[47] Le juge La Forest a conclu qu'une «approche fondée sur les attentes raisonnables» définissait un rapport fiduciaire dans le «contexte consultatif» où une partie affirmait avoir des connaissances spéciales et acceptait d'agir dans l'intérêt de l'autre partie en utilisant ces connaissances. Toutefois, à la page 410, il a fait remarquer que «pour qu'une relation puisse être qualifiée de fiduciaire, il doit exister davantage qu'un simple engagement par une partie de fournir des renseignements et d'exécuter les ordres de l'autre». Des éléments «comme la confiance, la confidentialité ainsi que la complexité et l'importance du sujet» devaient tous exister pour qu'il soit «raisonnable que la personne qui reçoit les conseils s'attende à ce que le conseiller exerce ses compétences spéciales dans son intérêt, à moins d'avis contraire».

4.A.3.g. *Hodgkinson c. Simms*—dissidence—une partie est assujettie au pouvoir de l'autre

[48] L'opinion exprimée en dissidence par les juges Sopinka et McLachlin dans l'arrêt *Hodgkinson* doit également être examinée à la lumière des motifs prononcés par le juge Iacobucci. Celui-ci était d'ac-



duty, he continued to recognize the law in *Lac Minerals* by saying at page 480 that he preferred “to treat *Lac Minerals* . . . by simply distinguishing that case from the present one”. The implication is that *Lac Minerals* is still authoritative although it is not entirely clear to what type of cases. It is therefore still necessary to have regard for *Lac Minerals*.

[49] The role of vulnerability in a fiduciary analysis was a key issue on which La Forest J. on the one hand, and Sopinka and McLachlin JJ. differed in *Hodgkinson*. La Forest J. was of the opinion that the concept of vulnerability was not the “hallmark of a fiduciary relationship” although it was an important *indicium* of its existence (see *Hodgkinson, supra*, at page 405). Sopinka and McLachlin JJ., consistent with the majority on the issue of vulnerability in *Lac Minerals*, continued to be of the opinion that vulnerability meant that the beneficiary had to be in the power of the fiduciary. They state at page 466:

Vulnerability, in this broad sense, may be seen as encompassing all three characteristics of the fiduciary relationship mentioned in *Frame v. Smith*. It comports the notion, not only of weakness in the dependent party, but of a relationship in which one party is in the power of the other.

They explain further at pages 467 and 468:

Phrases like “unilateral exercise of power”, “at the mercy of the other’s discretion” and “has given over that power” suggest a total reliance and dependence on the fiduciary by the beneficiary. In our view, these phrases are not empty verbiage. The courts and writers have used them advisedly, concerned for the need for clarity and aware of the draconian consequences of the imposition of a fiduciary obligation. Reliance is not a simple thing.

. . .

This is in accordance with the concepts of trust and loyalty which lie at the heart of the fiduciary obligation. The word “trust” connotes a state of complete reliance, of

cord avec le juge La Forest pour dire qu’il existait une obligation fiduciaire, mais il a continué à reconnaître le droit établi dans l’arrêt *Lac Minerals* en disant, à la page 480, qu’il préférerait «traiter de l’arrêt *Lac Minerals* [. . .] en [s]e contentant de le distinguer de la présente affaire». Il laisse ainsi entendre que l’arrêt *Lac Minerals* fait encore autorité même si l’on ne sait pas exactement à quel genre d’affaires il s’applique. Il faut donc encore tenir compte de l’arrêt *Lac Minerals*.

[49] Le rôle de la vulnérabilité dans une analyse fiduciaire était une question cruciale sur laquelle le juge La Forest d’une part et les juges Sopinka et McLachlin d’autre part différaient d’opinions dans l’arrêt *Hodgkinson*. Le juge La Forest était d’avis que la vulnérabilité n’était pas la «marque distinctive d’une relation fiduciaire», mais qu’elle constituait une indication importante de son existence (voir *Hodgkinson*, précité, à la page 405). Les juges Sopinka et McLachlin, conformément à l’avis exprimé par la majorité des juges au sujet de la question de la vulnérabilité dans l’arrêt *Lac Minerals*, étaient toujours d’avis que par vulnérabilité, on entendait que le bénéficiaire devait être assujéti au pouvoir du fiduciaire. Voici ce qu’ils ont dit, à la page 466:

On peut considérer que la vulnérabilité dans ce sens large possède les trois caractéristiques de la relation fiduciaire mentionnées dans l’arrêt *Frame c. Smith*. Elle comporte l’idée non seulement de la faiblesse de la partie dépendante, mais d’une relation dans laquelle une partie est assujéti au pouvoir de l’autre.

Ils ont fourni des explications supplémentaires, aux pages 467 et 468:

Des expressions comme «exercice unilatéral de pouvoir», «à la merci du pouvoir discrétionnaire de l’autre» et «a transmis ce pouvoir» laissent entendre que le bénéficiaire se fie entièrement au fiduciaire et dépend totalement de lui. À notre avis, ces expressions ne sont pas que du verbiage. Elles ont été utilisées délibérément par les tribunaux et les auteurs qui étaient soucieux du besoin de clarté et conscients des conséquences draconiennes de l’imposition d’une obligation fiduciaire. La confiance n’est pas une chose simple.

[. . .]

Cela est conforme aux notions de confiance et de loyauté qui sont au cœur même de l’obligation fiduciaire. Le mot «confiance» comporte l’idée d’un état de confiance absolue,

putting oneself or one's affairs in the power of the other. The correlative duty of loyalty arises from this level of trust and the complete reliance which it evidences. Where a party retains the power and ability to make his or her own decisions, the other person may be under a duty of care not to misrepresent the true state of affairs or face liability in tort or negligence. But he or she is not under a duty of loyalty. That higher duty arises only when the person has unilateral power over the other person's affairs placing the latter at the mercy of the former's discretion.

[50] At page 470, of their reasons, they confine the scope of vulnerability saying that the ability to retain some decision-making power does not leave a party vulnerable for the purposes of finding any fiduciary obligation present in a given case:

But neither of these rationales would appear to justify imposing a fiduciary obligation on the purveyor of investment advice where the client retains the power and ability to make the decisions of which he later complains.

4.A.3.h. *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*—ceding of power to the fiduciary

[51] In the Aboriginal context, requirements for a fiduciary relationship were revisited by McLachlin J. in *Blueberry, supra*. In her decision, she observed that generally, in order for a fiduciary duty to arise, one party must have ceded its power to the other. At pages 371-372 she states:

Generally speaking, a fiduciary obligation arises where one person possesses unilateral power or discretion on a matter affecting a second "peculiarly vulnerable" person: see *Frame v. Smith*, [1987] 2 S.C.R. 99; *Norberg v. Wynrib*, [1992] 2 S.C.R. 226; and *Hodgkinson v. Simms*, [1994] 3 S.C.R. 377. The vulnerable party is in the power of the party possessing the power or discretion, who is in turn obligated to exercise that power or discretion solely for the benefit of the vulnerable party. A person cedes (or more often finds himself in the situation where someone else has ceded for him) his power over a matter to another person. The person who has ceded power trusts the person to whom power is ceded to exercise the power with loyalty and care. This is the notion at the heart of the fiduciary obligation. [Underlining mine.]

l'idée de confier ses affaires à l'autre. L'obligation corrélative de loyauté découle de cette confiance absolue. Lorsqu'une partie conserve le pouvoir et la capacité de prendre ses propres décisions, l'autre partie peut avoir une obligation de diligence de ne pas présenter sous un faux jour la situation existante, sous peine de responsabilité en matière délictuelle ou pour négligence. Cependant, cette partie n'a aucun devoir de loyauté. Ce devoir supérieur n'existe que si la personne exerce un pouvoir unilatéral sur les affaires de l'autre personne, de sorte que cette dernière se trouve à la merci de son pouvoir discrétionnaire.

[50] À la page 470, les juges ont limité la portée de la vulnérabilité en disant que la capacité de conserver un certain pouvoir décisionnel ne rend pas une partie vulnérable lorsqu'il s'agit de conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire dans un cas donné:

Toutefois, aucun de ces raisonnements ne semblerait justifier l'imposition d'une obligation fiduciaire au conseiller en placements dans le cas où c'est le client qui conserve le pouvoir et la capacité de prendre les décisions dont il se plaint ultérieurement.

4.A.3.h. *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*—cession d'un pouvoir au fiduciaire

[51] Dans le contexte autochtone, les exigences, en ce qui concerne un rapport fiduciaire, ont de nouveau été examinées par le juge McLachlin dans l'arrêt *Blueberry*, précité. Dans sa décision, le juge a fait remarquer qu'en général, pour qu'une obligation fiduciaire prenne naissance, une partie doit avoir cédé son pouvoir à l'autre. Aux pages 371 et 372, le juge a dit ceci:

En règle générale, une obligation de fiduciaire prend naissance lorsqu'une personne possède un pouvoir unilatéral ou discrétionnaire à l'égard d'une question touchant une autre personne «particulièrement vulnérable»: voir *Frame c. Smith*, [1987] 2 R.C.S. 99; *Norberg c. Wynrib*, [1992] 2 R.C.S. 226, et *Hodgkinson c. Simms*, [1994] 3 R.C.S. 377. La partie vulnérable est tributaire de la partie qui possède le pouvoir unilatéral ou discrétionnaire, qui, à son tour, est obligée d'exercer ce pouvoir uniquement au profit de la partie vulnérable. La personne qui cède (ou, plus souvent, qui se trouve dans la situation où quelqu'un d'autre a cédé pour elle) son pouvoir sur quelque chose à une autre personne escompte que la personne à qui le pouvoir en question est cédé l'exercera avec loyauté et diligence. Cette notion est la pierre d'assise de l'obligation de fiduciaire. [Je souligne.]

McLachlin J.'s reference in *Blueberry* to a ceding of power is consistent with her reasons (with Sopinka J.) in *Hodgkinson*.<sup>10</sup> This is an indication, although not conclusive, that in the Aboriginal context, one party ceding power to the other may still be a requirement in order for a fiduciary duty to arise.

4.A.3.i The framework to determine whether reasonable expectations arise or a ceding of power takes place.

[52] Because both the reasonable expectations and the ceding of power-vulnerability approaches appear to be authoritative for different factual situations, and because the plaintiffs put forward arguments based on the Fairford Band's reasonable expectations, I test the facts of the present case against both approaches to determine whether a fiduciary duty upon the Crown may have arisen under either. I conclude that no fiduciary duty arose under either approach.

4.A.3.j. Reasonable expectations approach

[53] In *Hodgkinson*, La Forest J. established that what was required to determine whether a fiduciary duty existed was a mutual understanding that one party had relinquished his own self-interest and had agreed to act solely on behalf of the other party. In the context of advisory opinions, La Forest J. found that when one party undertakes<sup>11</sup> to perform duties when elements such as trust, confidentiality, complexity and importance of the subject-matter are present, a fiduciary obligation may arise (page 410). More generally, however, he refers to a statute, agreement, particular course of conduct, or unilateral undertaking whereby one party gains a position of overriding power or influence over the other as giving rise to a fiduciary duty (at page 411).

La mention que le juge McLachlin a faite, dans l'arrêt *Blueberry*, au sujet de la cession d'un pouvoir est compatible avec les motifs qu'elle a prononcés (avec le juge Sopinka) dans l'arrêt *Hodgkinson*<sup>10</sup>. Il s'agit d'un indice qui n'est toutefois pas concluant, montrant que dans le contexte autochtone, la cession d'un pouvoir par une partie peut encore être nécessaire aux fins de la création d'une obligation fiduciaire.

4.A.3.i. Le cadre dans lequel il faut déterminer si des attentes raisonnables prennent naissance ou si un pouvoir a été cédé.

[52] Étant donné que tant l'approche fondée sur les attentes raisonnables que l'approche fondée sur la cession d'un pouvoir et la vulnérabilité semblent faire autorité dans des circonstances différentes, et puisque les demandeurs invoquent des arguments fondés sur les attentes raisonnables de la bande de Fairford, j'apprécierai les faits de la présente espèce par rapport aux deux approches en vue de déterminer si une obligation fiduciaire de la part de la Couronne a pu prendre naissance. Je conclus que ni dans un cas ni dans l'autre, une obligation fiduciaire n'a pris naissance.

4.A.3.j. L'approche fondée sur les attentes raisonnables

[53] Dans l'arrêt *Hodgkinson*, le juge La Forest a établi que, pour déterminer s'il existe une obligation fiduciaire, il faut que les parties aient mutuellement convenu que l'une d'elle renoncerait à agir dans son propre intérêt et accepterait d'agir seulement pour le compte de l'autre. Dans le contexte consultatif, le juge La Forest a conclu que lorsqu'une partie s'engage<sup>11</sup> à s'acquitter de certaines obligations comportant l'existence d'éléments comme la confiance, la confidentialité, ainsi que la complexité et l'importance du sujet, une obligation fiduciaire peut prendre naissance (page 410). Toutefois, le juge dit qu'en général, l'obligation fiduciaire résulte d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral par lequel une partie acquiert une position de force ou d'influence écrasante sur une autre partie (à la page 411).

[54] In order to determine whether a fiduciary obligation arose with respect to the Crown's involvement with the Water Control Structure, it is necessary to determine whether by statute, agreement, particular course of conduct or unilateral undertaking, the Fairford Band and the Crown had a mutual understanding that the Crown would act on behalf of the Fairford Band such as to give rise to a reasonable expectation that the Crown would act in the Band's best interests to the exclusion of other interests.

[55] In the absence of surrender, subsection 18(1) of the *Indian Act* does not give rise to a fiduciary duty on the part of the Crown: *Guerin*. No other statutory provision was referred to by the plaintiffs in the context of the Crown's involvement with the Water Control Structure. The facts of this case do not demonstrate a contractual relationship between the Crown and the Fairford Band. Nor is there evidence of an undertaking on the part of the Crown to act in a fiduciary capacity on behalf of the Indians during the study, approval and financing stages of the Water Control Structure.

[56] I turn to course of conduct. The plaintiffs did not couch their argument by reference to La Forest J.'s reasonable expectations approach in *Hodgkinson*. However, they did refer to prior actions by Canada which they said justified the Band expecting Canada to take similar action with respect to the 1961 Water Control Structure. Specifically, the plaintiffs refer to Canada's approval of a 1934 water control structure on the Fairford River and Canada's concern at the time for the welfare of the Fairford Band.

[57] The plaintiffs rely on a series of undertakings provided by the Minister of Public Works for Manitoba to the Department of Public Works for Canada as conditions for Canada's approval of the construction of the 1934 water control structure. The undertakings provided by Manitoba to Canada upon which the plaintiffs rely were:

[54] Afin de déterminer si une obligation fiduciaire a pris naissance par suite de la participation de la Couronne à l'ouvrage de régularisation des eaux, il faut déterminer si, en vertu d'une loi, d'une entente, d'une conduite particulière ou d'un engagement unilatéral, la bande de Fairford et la Couronne avaient mutuellement convenu que la Couronne agirait pour le compte de la bande de façon à donner naissance à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait dans l'intérêt de la bande à l'exclusion d'autres intérêts.

[55] En l'absence d'une cession, le paragraphe 18(1) de la *Loi sur les Indiens* ne donne pas naissance à une obligation fiduciaire de la part de la Couronne: *Guerin*. Aucune autre disposition législative n'a été citée par les demandeurs dans le contexte de la participation de la Couronne à l'ouvrage ici en cause. Les faits de la présente espèce ne démontrent pas l'existence d'un rapport contractuel entre la Couronne et la bande de Fairford. Rien ne montre non plus que la Couronne se soit engagée à agir à titre de fiduciaire pour le compte des Indiens pendant que l'ouvrage était aux stades de l'étude, de l'approbation et du financement.

[56] J'examinerai maintenant la question de la conduite. Les demandeurs n'ont pas formulé leur plaidoyer en se référant à l'approche relative aux attentes raisonnables que le juge La Forest a énoncée dans l'arrêt *Hodgkinson*. Toutefois, ils ont mentionné des mesures antérieures prises par le Canada, lesquelles, selon eux, permettaient à juste titre à la bande de s'attendre à ce que le Canada prenne des mesures similaires à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1961. Plus précisément, les demandeurs disent qu'en 1934, le Canada a approuvé un projet de construction d'un ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford et qu'à ce moment-là, il s'était préoccupé du bien-être de la bande de Fairford.

[57] Les demandeurs se fondent sur une série d'engagements que le ministre des Travaux publics du Manitoba avait pris, en 1934, envers le ministère des Travaux publics du Canada à titre de conditions de l'approbation par le Canada de la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, et en particulier sur les engagements suivants:

1.—The Minister hereby agrees that in any question which may arise from the approval of the application the settlement thereof shall be governed by full recognition of the dominant interest of navigation and the necessity of reserving therefor all or any requisite part of the natural flow of the Fairford River.

...

9.—The Minister further agrees to indemnify and save harmless His Majesty in the right of the Dominion from all claims and demands of every kind arising from or by reason of the approval of the said works, the said approval in no way to be deemed to add or to take away from the proprietary rights of any riparian owner or lessee above or below the said works.

The plaintiffs claim that these undertakings amounted to guarantees, obtained by Canada from Manitoba, that the Fairford Band and its members' riparian rights and other interests with respect to the natural flow of the Fairford River would be protected from adverse consequences resulting from the construction and operation of the 1934 water control structure.

[58] The undertakings sought and obtained by Canada in respect of the 1934 water control structure were pursuant to section 4 of the *Navigable Waters' Protection Act*, R.S.C. 1927, c. 140, which required that construction of works on navigable waters such as the Fairford River be approved by the Governor in Council and be built, placed and maintained in accordance with regulations made or approved by the Governor in Council. Undertaking number 1 makes explicit reference to navigation. Undertaking number 9 is an indemnity provision protecting Canada from claims made against it. These undertakings from Manitoba to Canada are not relevant to the Band's interest and do not evidence mutual understanding between the Band and the Crown which could give rise to subsequent expectations by the Band.

[59] Plaintiffs' counsel also referred to a letter sent by the federal Indian Affairs Branch of the Depart-

[TRANSLATION]

1.—Le ministre convient par les présentes que s'il se pose une question par suite de l'approbation de la demande de règlement, il sera avant tout pleinement tenu compte des besoins, en ce qui concerne la navigation, et de la nécessité d'assurer aux fins de la navigation, dans la mesure nécessaire, l'écoulement naturel de la rivière Fairford.

[. . .]

9.—Le ministre s'engage en outre à indemniser Sa Majesté du chef du Canada de toute demande, de quelque nature qu'elle soit, découlant de l'approbation dudit projet; cette approbation n'est aucunement réputée ajouter ou enlever quoi que ce soit aux droits des propriétaires riverains ou des preneurs à bail en amont ou en aval des ouvrages.

Les demandeurs affirment que ces engagements équivalaient à des garanties que le Canada avait obtenues du Manitoba, selon lesquelles les droits de riverain et autres droits liés à l'écoulement naturel de la rivière Fairford que la bande de Fairford et ses membres possédaient seraient protégés contre les conséquences préjudiciables résultant de la construction et de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de 1934.

[58] Les engagements que le Canada avait demandés et obtenus, en 1934, à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux étaient fondés sur l'article 4 de la *Loi de la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1927, ch. 140, qui exigeait que la construction d'ouvrages sur des eaux navigables telles que la rivière Fairford soit agréée par le gouverneur en conseil et que lesdits ouvrages soient construits, placés et entretenus en conformité avec les règlements pris ou agréés par le gouverneur en conseil. Le premier engagement fait expressément mention de la navigation. Le neuvième engagement est une clause d'indemnisation protégeant le Canada contre toute demande dont il fait l'objet. Ces engagements que le Manitoba avait pris envers le Canada n'ont rien à voir avec les droits de la bande et ne montrent pas l'existence entre la bande et la Couronne d'une entente mutuelle susceptible de donner lieu à des attentes subséquentes de la part de la bande.

[59] L'avocat des demandeurs a également cité une lettre que la Division des affaires indiennes du minis-

ment of Citizenship and Immigration to the Manitoba Department of Mines and Natural Resources dated November 10, 1933 seeking compensation if the dam was operated in such manner as to interfere with the fish supply in Lake St. Martin. There is no reply to this request in the evidence and no reference to protecting fish supply in the undertakings given by Manitoba to Canada. Nor is there evidence that the Fairford Band knew of the November 10, 1933 letter either in 1933 or in the 1950s when the Water Control Structure was being considered by Canada. It is therefore difficult to construe this letter as a course of conduct that could give rise to reasonable expectations by the Fairford Band that Canada would protect its interest when Canada approved and committed financing to the 1961 Water Control Structure.

[60] Nonetheless, the plaintiffs have made much of the paternalistic relationship between the Crown and Indians and the reliance which the Indians have had on the government. While there is evidence that the Indians trusted and communicated with the Indian Affairs Branch, it cannot be said that in performing its duties under the *Indian Act*, the Crown demonstrated a course of conduct which gave rise to reasonable expectations on the part of the Fairford Band that the Crown would, to the exclusion of other interests, act in the best interests of the Band with respect to the Water Control Structure, i.e. in a fiduciary capacity.

[61] In *Guerin*, Dickson J. points out the distinction, for fiduciary duty purposes, between private law and public law duties. At page 385:

It should be noted that fiduciary duties generally arise only with regard to obligations originating in a private law context. Public law duties, the performance of which requires the exercise of discretion, do not typically give rise to a fiduciary relationship. As the "political trust" cases indicate, the Crown is not normally viewed as a fiduciary in the exercise of its legislative or administrative function.

tère fédéral de la Citoyenneté et de l'Immigration avait envoyée au ministère des Mines et Ressources naturelles du Manitoba le 10 novembre 1933, dans laquelle il était mentionné qu'une indemnité serait demandée si le barrage était exploité de façon à nuire aux ressources halieutiques du lac St-Martin. Aucune réponse n'a été produite en preuve et, dans les engagements que le Manitoba a pris envers le Canada, il n'est pas fait mention de la protection des ressources halieutiques. Il n'est pas établi non plus qu'en 1933 ou dans les années 1950, lorsque le Canada étudiait le projet de construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, la bande de Fairford était au courant de l'existence de la lettre du 10 novembre 1933. Il est donc difficile d'interpréter cette lettre comme constituant une conduite susceptible de donner lieu à des attentes raisonnables de la part de la bande de Fairford, selon lesquelles le Canada protégerait ses droits lorsqu'il approuverait et financerait le projet de 1961.

[60] Néanmoins, les demandeurs ont fait grand cas du rapport paternaliste existant entre la Couronne et les Indiens et du fait que les Indiens se fiaient au gouvernement. Selon certains éléments de preuve, les Indiens faisaient confiance à la Division des affaires indiennes et communiquaient avec elle, mais on ne saurait dire qu'en s'acquittant des obligations qui lui incombaient en vertu de la *Loi sur les Indiens*, la Couronne s'est conduite de façon à susciter chez la bande de Fairford, des attentes raisonnables selon lesquelles elle agirait dans l'intérêt de la bande à l'exclusion des autres intérêts, à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux, c'est-à-dire qu'elle agirait à titre de fiduciaire.

[61] Dans l'arrêt *Guerin*, le juge Dickson signale la distinction, aux fins de l'obligation fiduciaire, entre les obligations de droit privé et les obligations de droit public. À la page 385, il a fait la remarque suivante:

Il nous faut remarquer que, de façon générale, il n'existe d'obligations de fiduciaire que dans le cas d'obligations prenant naissance dans un contexte de droit privé. Les obligations de droit public dont l'acquittement nécessite l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Comme il se dégage d'ailleurs des décisions portant sur les «fiducies politiques», on ne prête pas généralement à Sa Majesté la qualité de fiduciaire lorsque celle-ci exerce ses fonctions législatives ou administratives.

[62] Dickson J. finds, that in dealing with Indian land upon surrender, the Crown assumes a fiduciary obligation. However, that is because of the Indians' "independent legal interest" in their land that predates any "executive order or legislative provision." (*Guerin, supra*, at page 379). It is not a creation of either the legislative or executive branches of government. As a result, he says [at page 385] the duty is "in the nature of a private law duty".

[63] By contrast, duties that arise from legislative or executive action are public law duties. Such duties, as Dickson J. has said, typically do not give rise to a fiduciary relationship. Actions taken by the Indian Affairs Branch at the relevant time arose under and by reason of the *Indian Act* and section 5 of the *Department of Citizenship and Immigration Act*, R.S.C. 1952, c. 67. The *Indian Act* is replete with references to government involvement in virtually every aspect of the administration of Indian interests and the welfare of Indians. Section 5 of the *Department of Citizenship and Immigration Act* provided that the "duties, powers and functions of the Minister extend to and include all matters over which the Parliament of Canada has jurisdiction, relating to . . . Indian Affairs . . . and not by law assigned to any other Department of the Government of Canada". There is no doubt that under these Acts, the Crown, through its Indian Affairs Branch, and later, its Department of Indian Affairs and Northern Development, over many years was active in its dealings with the Fairford Band. However, the actions taken by the Indian Affairs Branch arose under and by reason of the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act* and were public law duties. There is no indication they would be in the nature of private law duties such as when Indian land is surrendered. Nor is there any suggestion the Crown was exercising a discretion or power for or on behalf of the Indians. For these reasons, course of conduct by the Crown in its dealings with and for Indians under these Acts generally, may not be relied upon as a basis for the creation of a fiduciary duty upon the Crown and, in particular, with respect to its involvement with the Water Control Structure in this case.

[62] Le juge Dickson conclut qu'en s'occupant des terres indiennes qui ont été cédées, la Couronne assume une obligation fiduciaire. Toutefois, c'est à cause du «droit qui a une existence juridique indépendante» des Indiens sur leurs terres, lequel «existait avant toute disposition législative ou ordonnance du pouvoir exécutif» (*Guerin*, précité, à la page 379). Ce droit ne doit son existence ni au pouvoir législatif ni au pouvoir exécutif. Le juge dit [à la page 385] que l'obligation est donc «de la nature d'une obligation de droit privé».

[63] Par contre, les obligations qui découlent d'une mesure prise par le pouvoir législatif ou par le pouvoir exécutif sont des obligations de droit public. Pareilles obligations, comme l'a dit le juge Dickson, ne créent normalement aucun rapport fiduciaire. Les mesures prises par la Division des affaires indiennes au moment pertinent l'ont été en vertu et à cause de la *Loi sur les Indiens* et de l'article 5 de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*, S.R.C. 1952, ch. 67. La *Loi sur les Indiens* renferme de nombreuses dispositions prévoyant la participation gouvernementale, et ce, à presque tous les égards, en ce qui concerne l'administration des affaires indiennes et le bien-être des Indiens. L'article 5 de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration* prévoyait que les «devoirs, pouvoirs et fonctions du Ministre s'étendent à toutes matières de la compétence du Parlement du Canada concernant [. . .] les affaires indiennes [. . .], mais non assignées par la loi à un autre département du gouvernement du Canada, et embrassent lesdites matières». Il est certain qu'en vertu de ces lois, la Couronne, par l'entremise de la Division des affaires indiennes, et par la suite, du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a traité activement pendant de nombreuses années avec la bande de Fairford. Toutefois, les mesures prises par la Division des affaires indiennes l'ont été en vertu et à cause de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*; il s'agissait d'obligations de droit public. Rien ne montre qu'il s'agirait d'obligations de droit privé telles que celles qui existent lorsque des terres indiennes sont cédées. On ne laisse pas non plus entendre que la Couronne a exercé un pouvoir discrétionnaire pour le compte des Indiens. C'est pourquoi la conduite de la

Couronne, lorsqu'elle traitait avec les Indiens et au nom des Indiens en vertu de ces lois généralement, ne peut pas servir de fondement à la création d'une obligation fiduciaire, en particulier à l'égard de sa participation au projet en cause.

#### 4.A.3.k. Ceding of Power—Vulnerability Approach

[64] I turn to the question of whether power over “any matter” was ceded by the Fairford Band to the Crown with respect to the Water Control Structure such that the Band was left “vulnerable” or at the “mercy of the Crown’s discretion”. The facts do not disclose ceding of any authority or power over any matter. Again, it is necessary to look for the existence of any relevant statute, contract or unilateral undertaking.<sup>12</sup> There is simply no evidence of any statute, contract or unilateral undertaking leading to a ceding of the Band’s power over any matter to the Crown. Indeed, there was no communication between the Crown and the Band at the time the Crown was studying, approving and financing the Water Control Structure. The type of vulnerability contemplated by *Lac Minerals* and *Blueberry*, is not present here.

##### 4.A.3.l. Conclusion

[65] For these reasons, I conclude that, whether under the reasonable expectations approach or the ceding of power-vulnerability approach, the Crown was not a fiduciary with respect to its involvement in the study, approval or financing of the Water Control Structure.

[66] That is not to say that the Fairford Band is without recourse or that, generally speaking, where a government’s action interferes with the use and benefit of a reserve by an Indian band, a responsible government would not address questions of compensation. Subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves for an Indian or Indian band the opportunity to bring an action against anyone interfering with their rights. See

#### 4.A.3.k. L’approche fondée sur la cession d’un pouvoir et la vulnérabilité

[64] J’examinerai maintenant la question de savoir si la bande de Fairford a cédé à la Couronne, à l’égard de l’ouvrage de régularisation des eaux, un pouvoir «sur une question» de sorte que la bande est devenue «vulnérable» ou qu’elle était «à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne». Les faits ne montrent pas qu’un pouvoir a été cédé sur une question. Ici encore, il faut déterminer s’il existe une loi, un contrat ou un engagement unilatéral pertinent<sup>12</sup>. Il n’existe tout simplement aucun élément de preuve tendant à montrer l’existence d’une loi, d’un contrat ou d’un engagement unilatéral en vertu duquel la bande a cédé à la Couronne un pouvoir sur une question. De fait, la Couronne et la bande n’ont pas communiqué entre elles au moment où la Couronne étudiait, approuvait et finançait le projet de construction de l’ouvrage de régularisation des eaux. Le genre de vulnérabilité envisagé par les arrêts *Lac Minerals* et *Blueberry* n’existe pas dans ce cas-ci.

##### 4.A.3.l. Conclusion

[65] Pour ces motifs, je conclus que, tant en vertu de l’approche fondée sur les attentes raisonnables que de l’approche relative à la cession d’un pouvoir et à la vulnérabilité, la Couronne n’agissait pas à titre de fiduciaire pour ce qui est de sa participation à l’étude, à l’approbation ou au financement de l’ouvrage de régularisation des eaux.

[66] Cela ne veut pas dire que la bande de Fairford n’a aucun recours ou qu’en général, si une mesure gouvernementale gêne l’utilisation d’une réserve par une bande indienne, un gouvernement responsable ne s’occuperait pas de la question de l’indemnisation. Le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* prévoit la possibilité pour un Indien ou une bande indienne d’intenter une action contre toute personne qui porte



*Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (Sask. C.A.). Section 31 states in part:

31. (1) Without prejudice to section 30, where an Indian or a band alleges that persons other than Indians are or have been

- (a) unlawfully in occupation or possession of,
- (b) claiming adversely the right to occupation or possession of, or
- (c) trespassing on

a reserve or part of a reserve, the Attorney General of Canada may exhibit an information in the Federal Court claiming, on behalf of the Indian or band, the relief or remedy sought.

...

(3) Nothing in this section shall be construed to impair, abridge or otherwise affect any right or remedy that, but for this section, would be available to Her Majesty or to an Indian or a band.

Except where the *Indian Act* imposes restrictions, Indians may sue for negligence, trespass, or I think, any other interference with their interest in their land or any other rights recognized by statute, common law or, indeed, the Constitution. It is this statutory acknowledgment that indicates the Indians are not, in the absence of surrender, vulnerable, at the mercy of the Crown's discretion<sup>13</sup> or without rights and remedies so that it is necessary for them to resort to fiduciary duty as a cause of action. In *Apsassin v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1988] 3 F.C. 3 (T.D.), (reversed on appeal in [*sub nom.*] *Blueberry, supra*) Addy J. expressed this view in the following words. Nothing in the appeal decisions detract from his statement. At pages 46-47 he stated:

The *Indian Act* does impose certain restrictions on the actions and on the rights of status Indians. Except insofar as those specific restrictions might prevent them from acting

atteinte à ses droits. Voir *Custer v. Hudson's Bay Co. Dev. Ltd.*, [1983] 1 W.W.R. 566 (C.A. Sask.). L'article 31 prévoit notamment ce qui suit:

31. (1) Sans préjudice de l'article 30, lorsqu'un Indien ou une bande prétend que des personnes autres que des Indiens, selon le cas:

- a) occupent ou possèdent illégalement, ou ont occupé ou possédé illégalement, une réserve ou une partie de réserve;
- b) réclament ou ont réclamé sous forme d'opposition le droit d'occuper ou de posséder une réserve ou une partie de réserve;
- c) pénètrent ou ont pénétré, sans droit ni autorisation, dans une réserve ou une partie de réserve,

le procureur général du Canada peut produire à la Cour fédérale une dénonciation réclamant, au nom de l'Indien ou de la bande, les mesures de redressement désirées.

[. . .]

(3) Le présent article n'a pas pour effet de porter atteinte aux droits ou recours que, en son absence, Sa Majesté, un Indien ou une bande pourrait exercer.

Sauf dans les cas où la *Loi sur les Indiens* impose des restrictions, les Indiens peuvent engager des poursuites pour négligence, violation du droit de propriété ou, à mon avis, dans tous les autres cas où il est porté atteinte aux droits qu'ils ont sur leurs terres ou à tout autre droit qui leur est reconnu par la loi, par la common law ou de fait par la Constitution. C'est cette reconnaissance législative qui montre qu'en l'absence d'une cession, les Indiens ne sont pas vulnérables ou qu'ils ne sont pas à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne<sup>13</sup>, ou encore qu'ils ne sont pas sans droits et sans recours, de sorte qu'ils doivent se fonder sur l'obligation fiduciaire comme cause d'action. Dans la décision *Apsassin c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1988] 3 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), (infirmer en appel dans [*sub nom.*] *Blueberry, supra*) le juge Addy s'est exprimé comme suit et rien dans les décisions rendues en appel ne diminue le bien-fondé de sa déclaration. Aux pages 46 et 47, voici ce que le juge a dit:

La *Loi sur les Indiens* apporte certaines restrictions aux actes et aux droits des Indiens inscrits. Sauf dans la mesure où ces restrictions particulières pourraient les empêcher

freely, the Indians are not to be treated at law somehow as if they were not *sui juris* such as infants or persons incapable of managing their own affairs, which would cause some legally enforceable fiduciary duty to arise on the part of the Crown to protect them or to take action on their behalf. They are fully entitled to avail themselves of federal and provincial laws and of our judicial system as a whole to enforce their rights, as they are indeed doing in the case at bar.

[67] Finally, to find a fiduciary duty with respect to Canada's involvement with the Water Control Structure, would, I think, place a far broader scope on the obligation of the Crown than implied by subsection 18(1) or the relevant fiduciary duty and Aboriginal jurisprudence. It would place the government in a conflict between its responsibility to act in the public interest and its fiduciary duty of loyalty to the Indian band to the exclusion of other interests. In the absence of legislative or constitutional provisions to the contrary, the law of fiduciary duties, in the Aboriginal context, cannot be interpreted to place the Crown in the untenable position of having to forego its public law duties when such duties conflict with Indian interests.

[68] Having said this, as will be subsequently described, Canada clearly had regard for the interests of the Fairford Band with respect to the Water Control Structure. However, it did not do so pursuant to any fiduciary obligation but rather, in the performance of its public law functions under the *Indian Act* and the *Department of Citizenship and Immigration Act*.

[69] No other cause of action against Canada than breach of fiduciary duty was pleaded or argued in this case. Therefore, whether by reason of its involvement in the study, approval or financing of the Water Control Structure, Canada could be found liable in trespass, nuisance, negligence or any other cause of action was not before me. Nor, of course, was any action against Manitoba or any other person. I can only reiterate that merely because the plaintiffs do not

d'agir librement, les Indiens ne doivent pas être légalement traités comme s'ils étaient incapables d'exercer pleinement leurs droits, comme le sont les mineurs ou les personnes incapables de s'occuper de leurs affaires, ce qui créerait pour la Couronne une obligation fiduciaire, exécutoire en justice, de les protéger ou d'intenter des actions en leur nom. Ils sont pleinement habilités à recourir aux lois fédérales et provinciales ainsi qu'à notre système judiciaire pour faire valoir leurs droits, comme ils le font d'ailleurs en l'espèce.

[67] Enfin, conclure à l'existence d'une obligation fiduciaire pour ce qui est de la participation du Canada à l'ouvrage de régularisation des eaux serait à mon avis attribuer à l'obligation de la Couronne une portée beaucoup plus étendue que celle qui est implicitement visée par le paragraphe 18(1), ou encore par l'obligation fiduciaire pertinente ou par la jurisprudence concernant les autochtones. On placerait ainsi le gouvernement dans une situation où il y aurait conflit entre la responsabilité qui lui incombe d'agir dans l'intérêt public et l'obligation fiduciaire de loyauté qu'il a envers la bande indienne à l'exclusion des autres intérêts. En l'absence de dispositions législatives ou constitutionnelles contraires, le droit des obligations fiduciaires, dans le contexte autochtone, ne peut pas être interprété comme plaçant la Couronne dans la situation impossible d'avoir à renoncer à ses obligations de droit public lorsque pareilles obligations sont contraires aux intérêts des Indiens.

[68] Cela dit, comme je l'expliquerai ci-dessous, le Canada a clairement tenu compte des intérêts de la bande de Fairford à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux. Toutefois, il ne l'a pas fait en vertu d'une obligation fiduciaire, mais plutôt dans l'exercice de ses fonctions de droit public, en vertu de la *Loi sur les Indiens* et de la *Loi sur le ministère de la Citoyenneté et de l'immigration*.

[69] Aucune autre cause d'action contre le Canada, à part la violation d'une obligation fiduciaire, n'a été plaidée ou débattue en l'espèce. Par conséquent, je n'étais pas saisi de la question de savoir si, en raison de sa participation à l'étude, ou encore de l'approbation ou du financement de l'ouvrage ici en cause, le Canada pourrait être tenu responsable de violation du droit de propriété, de nuisance ou de négligence ou d'une autre cause d'action et, bien sûr, je n'étais pas

have a valid action against Canada for breach of fiduciary duty with respect to its involvement with the Water Control Structure are they necessarily without recourse.<sup>14</sup>

saisi non plus d'une action contre le Manitoba ou contre une autre personne. Je puis uniquement répéter que l'absence d'une cause d'action fondée contre le Canada en raison de la violation d'une obligation fiduciaire découlant de la participation de celui-ci à l'ouvrage en question ne veut pas nécessairement dire que les demandeurs ne disposent d'aucun recours<sup>14</sup>.

Editor's Note (replacing  
paras. 70-100)

*That portion of the decision refers to the Crown's participation in the Lakes Winnipeg and Manitoba Board which issued a report in June 1958. The report considered the impact of the Water Control Structure on downstream interests and concluded that high water levels would be slightly reduced and low water levels could be controlled by adjustment to the Lake Manitoba operation rule. As to the Crown's consultation with the Fairford Band with respect to the construction of the dam, it was found as a fact that the Crown had no fiduciary duty by reason of its involvement in the study, approval and financing of the dam, and that even absent such duty, it had considerable regard for the interests of the Band either specifically or in conjunction with all downstream interests. But there was a duty to consult the Fairford Band regarding use of their reserve land for the construction of a coffer dam. In that respect, His Lordship found that the Indian Affairs Branch has consulted the Fairford Band Council and has neither misrepresented any fact nor withheld any information.*

Note de l'arrêviste (remplaçant  
les par. 70 à 100)

*Cette partie de la décision se rapporte à la participation de la Couronne aux travaux de la Commission des lacs Winnipeg et Manitoba, qui avait publié un rapport en juin 1958. Le rapport traitait de l'impact de l'ouvrage de régularisation des eaux sur les intérêts des tiers en aval; il était conclu que le niveau des hautes eaux diminuerait légèrement et qu'il était possible de régulariser le niveau des basses eaux en modifiant la règle d'exploitation du lac Manitoba. Quant à la question de la consultation de la bande de Fairford au sujet de la construction du barrage, il a été conclu que la Couronne n'avait pas d'obligation fiduciaire découlant de sa participation à l'étude, à l'approbation et au financement du barrage et que même en l'absence de pareille obligation, elle avait fortement tenu compte des intérêts de la bande, que ce soit isolément ou avec les intérêts des tiers en aval. Cependant, il existait une obligation de consulter la bande de Fairford au sujet de l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction d'un batardeau. À cet égard, le juge a conclu que la Division des affaires indiennes avait consulté le conseil de la bande de Fairford et qu'elle n'avait pas présenté les faits de manière inexacte ou qu'elle n'avait pas omis de divulguer certains renseignements.*

[101] With respect to the use of Reserve land for the coffer dam, the plaintiffs say that it was the consent of a majority of electors of the Band as opposed to a majority of the members of the Band Council that was required. The October 18, 1960 meeting was a meeting of both the Band and the Band Council. In addition to the Band Council, approximately forty-five other Band members attended. It would thus appear

[101] En ce qui concerne l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau, les demandeurs disent qu'il fallait obtenir le consentement de la majorité des électeurs de la bande plutôt que celui de la majorité des conseillers de la bande. La réunion du 18 octobre 1960 était à la fois une réunion de la bande et du conseil de la bande. En plus des conseillers, environ 45 autres membres de la bande y

that the Band members present were aware of and agreed to the use of Reserve land for purposes of the coffer dam. Nonetheless, the minutes of the meeting are not explicit on this point and I do not have evidence as to whether the number of Band members present constituted “a majority of electors of the band”. Therefore, it is necessary to deal with the issue as if only the Band Council and not a majority of electors of the Band agreed to the use of Reserve land for the purpose of the coffer dam.

[102] It appears Canada thought it was proceeding under subsection 18(2) of the *Indian Act* and that what was required was a Band Council resolution and not a vote of the electors of the Band. In his November 21, 1960 letter to Mr. Leslie, Mr. Jones states:

The Band Council having approved the application, you may inform the Water Control and Conservation Branch that permission to enter on the Reserve and construct the temporary works is given pursuant to Section 18(2) of the *Indian Act*, subject to the Branch’s undertaking to observe conditions imposed by the Band Council.

[103] Subsection 18(2) provides:

18. . . .

(2) The Minister may authorize the use of lands in a reserve for the purpose of Indian schools, the administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects or, with the consent of the council of the band, for any other purpose for the general welfare of the band, and may take any lands in a reserve required for such purposes, but where an individual Indian, immediately prior to the taking, was entitled to the possession of those lands, compensation for that use shall be paid to the Indian, in such amount as may be agreed between the Indian and the Minister, or, failing agreement, as may be determined in such manner as the Minister may direct.

[104] Notwithstanding that Mr. Jones referred to subsection 18(2) in his letter, I think that must have been an error as his actions were consistent with

assistaient. Il semblerait donc que les membres de la bande qui étaient présents aient su que les terres de la réserve devaient être utilisées aux fins de la construction du batardeau et qu’ils aient convenu de pareille utilisation. Néanmoins, le procès-verbal de la réunion n’est pas explicite sur ce point et je ne dispose d’aucun élément de preuve au sujet de la question de savoir si les membres de la bande qui étaient présents constituaient «une majorité des électeurs de la bande». Il faut donc examiner la question comme si c’était uniquement le conseil de la bande plutôt que la majorité des électeurs de la bande qui avait convenu de l’utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau.

[102] Il appert que le Canada pensait qu’il agissait en vertu du paragraphe 18(2) de la *Loi sur les Indiens* et qu’il fallait obtenir une résolution du conseil de la bande plutôt qu’un vote des électeurs de la bande. Dans la lettre du 21 novembre 1960 qu’il a envoyée à M. Leslie, M. Jones dit ce qui suit:

[TRADUCTION] Le conseil de la bande ayant approuvé la demande, vous pouvez informer la Direction de la régularisation et de la conservation des eaux que l’autorisation de pénétrer dans la réserve et de construire les ouvrages temporaires est accordée conformément au paragraphe 18(2) de la *Loi sur les Indiens*, à condition que la Direction s’engage à observer les conditions imposées par le conseil de la bande.

[103] Le paragraphe 18(2) prévoit ce qui suit:

18. [. . .]

(2) Le ministre peut autoriser l’utilisation de terres dans une réserve aux fins des écoles indiennes, de l’administration d’affaires indiennes, de cimetières indiens, de projets relatifs à la santé des Indiens, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour tout autre objet concernant le bien-être général de la bande, et il peut prendre toutes terres dans une réserve, nécessaires à ces fins, mais lorsque, immédiatement avant cette prise, un Indien particulier avait droit à la possession de ces terres, il doit être versé à cet Indien, pour un semblable usage, une indemnité d’un montant dont peuvent convenir l’Indien et le ministre, ou, à défaut d’accord, qui peut être fixé de la manière que détermine ce dernier.

[104] Dans sa lettre, M. Jones mentionnait le paragraphe 18(2), mais je crois qu’il doit avoir commis une erreur étant donné que les mesures qu’il a prises

subsection 28(2). Subsection 28(2) provides:

28. . . .

(2) The Minister may by permit in writing authorize any person for a period not exceeding one year, or with the consent of the council of the band for any longer period, to occupy or use a reserve to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

[105] Subsection 18(2) appears to authorize the use of reserve lands for purposes of the band. This can be seen by the types of uses authorized—Indian schools, administration of Indian affairs, Indian burial grounds, Indian health projects. Application of the *ejusdem generis* rule suggests that “any other purpose for the general welfare of the band” would be a purpose such as schools, administration, cemeteries, etc. It would not be a disposition, even temporary, to a non-member of the band.

[106] It is section 28 that deals with occupancy or use of the reserve by persons other than members of the band. Subsection 28(2) provides that the Minister may authorize a person who is not a member of the band to use or occupy the reserve. That, I think, was the situation with respect to the use of the Reserve for purposes of the coffer dam by Manitoba and Mr. Jones’ letter should have referred to subsection 28(2) rather than subsection 18(2).<sup>15</sup>

[107] While the Band Council Resolution does not refer to any specific time period for use of the Reserve for the coffer dam, it clearly refers to the land being necessary for “the purpose of constructing a coffer dam” and states, “all materials deposited on the reserve will be removed and the site left in the same, or better than its original, condition”. The correspondence at the time refers to the coffer dam being removed on completion of construction of the Water Control Structure. The use of the Reserve for the coffer dam was clearly for a short, temporary period.

étaient plutôt conformes au paragraphe 28(2) qui est ainsi libellé:

28. [ . . ]

(2) Le ministre peut, au moyen d’un permis par écrit, autoriser toute personne, pour une période maximale d’un an, ou, avec le consentement du conseil de la bande, pour toute période plus longue, à occuper ou utiliser une réserve, ou à résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

[105] Il appert que le paragraphe 18(2) autorise l’utilisation des terres de la réserve aux fins de la bande. Les genres d’utilisations autorisées permettent de le constater—écoles indiennes, administration d’affaires indiennes, cimetières indiens, projets relatifs à la santé des Indiens. Par application de la règle *ejusdem generis*, l’expression «pour tout autre projet concernant le bien-être général des Indiens», laisserait entendre une fin telle que les écoles, l’administration, les cimetières, etc. Il ne s’agirait pas d’une aliénation, même temporaire, en faveur d’une personne qui n’est pas membre de la bande.

[106] C’est l’article 28 qui traite de l’occupation ou de l’utilisation de la réserve par des personnes autres que des membres de la bande. Le paragraphe 28(2) prévoit que le ministre peut autoriser une personne qui n’est pas membre de la bande à utiliser ou à occuper la réserve. Telle était à mon avis la situation en ce qui concerne l’utilisation de la réserve aux fins de la construction du batardeau par le Manitoba; dans sa lettre, M. Jones aurait donc dû mentionner le paragraphe 28(2) plutôt que le paragraphe 18(2).<sup>15</sup>

[107] La résolution du conseil de la bande ne précise pas la période pendant laquelle la réserve peut être utilisée aux fins de la construction du batardeau, mais elle dit clairement que les terres sont nécessaires «aux fins de la construction du batardeau» et que «tous les matériaux déposés sur les terres de la réserve [seront] enlevés et l’emplacement remis dans le même état ou dans un meilleur état qu’initialement». Les lettres qui ont été échangées à ce moment-là mentionnent que le batardeau sera enlevé une fois les travaux de construction de l’ouvrage de régularisation des eaux achevés. De toute évidence, la réserve ne devait être utilisée pour le batardeau que pendant une brève période et d’une façon temporaire.

[108] The plaintiffs were not precise as to which provision of the *Indian Act* they thought was applicable with respect to the approval required for use of Reserve land for the coffer dam. However, it would appear that by plaintiffs' counsel's reference to *Guerin et al. v. The Queen et al.*, *supra*, the plaintiffs consider the use of the Reserve land for the coffer dam as a form of surrender under subsection 37(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2] of the *Indian Act*. Subsection 37(1) provides:

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

[109] There is no doubt that a surrender requires the assent of a majority of the electors of the band. Paragraph 39(1)(b) [as am. *idem*, s. 3] of the *Indian Act* provides:

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

. . .

(b) it is assented to by a majority of the electors of the band

(i) at a general meeting of the band called by the council of the band,

(ii) at a special meeting of the band called by the Minister for the purpose of considering a proposed absolute surrender or designation, or

(iii) by a referendum as provided in the regulations.

[110] Section 37, dealing with surrenders, and other provisions of the *Indian Act* dealing with temporary dispositions, overlap. See *Opetchesaht*, at pages 141-142. That subsection 28(2) refers to dispositions of a temporary nature is made clear in *Opetchesaht*, in which Major J. says, at page 145:

. . . under s. 28(2), lesser dispositions are contemplated and the interest transferred must be temporary.

[108] Les demandeurs ne précisent pas quelle disposition de la *Loi sur les Indiens* s'appliquait, selon eux, à l'égard de l'approbation nécessaire aux fins de l'utilisation des terres de la réserve pour le batardeau. Toutefois, compte tenu du fait que leur avocat a mentionné l'arrêt *Guerin et autres c. La Reine et autre*, précité, les demandeurs semblaient estimer que l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau était un genre de cession au sens du paragraphe 37(1) [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 2] de la *Loi sur les Indiens*, qui est ainsi libellé:

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

[109] Il est certain qu'une cession exige l'assentiment de la majorité des électeurs de la bande. L'alinéa 39(1)(b) [mod., *idem*, art. 3] de la *Loi sur les Indiens* prévoit ceci:

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

[ . . . ]

b) elle est sanctionnée par une majorité des électeurs de la bande:

(i) soit à une assemblée générale de la bande convoquée par son conseil,

(ii) soit à une assemblée spéciale de la bande convoquée par le ministre en vue d'examiner une proposition de cession à titre absolu ou de désignation,

(iii) soit au moyen d'un référendum comme le prévoient les règlements;

[110] L'article 37, qui traite des cessions, et d'autres dispositions de la *Loi sur les Indiens* traitant des aliénations temporaires, se chevauchent. Voir *Opetchesaht*, aux pages 141 et 142. L'arrêt *Opetchesaht* montre clairement que le paragraphe 28(2) traite des aliénations d'une nature temporaire; en effet, le juge Major fait la remarque suivante à la page 145:

[ . . . ] le par. 28(2) vise des dispositions moins importantes, et le droit transféré doit avoir un caractère temporaire.

The use of Reserve land for the coffer dam was a temporary use and not a permanent disposition. In *Opetchesaht*, Major J. held that such temporary use requires permission of the band council and not the band. He states at page 145:

In the case of sales, dispositions and long-term leases or alienations permanently disposing of any Indian interest in reserve land, surrender is required, involving the vote of all members of the band. On the other hand in the case of rights of use, occupation or residence for a period of longer than one year, only band council approval is required.

[111] As the evidence suggests that use of the Reserve by Manitoba for purposes of the coffer dam was not to be for a period exceeding one year, the Minister may have authorized such use without obtaining consent of the Band Council. However, as previously explained, there was consultation, and consent of the Band Council was obtained. I can see no breach of the *Indian Act* in that consent having been obtained. The Minister was not bound to act without consent of the Band Council under subsection 28(2), even if the temporary disposition was for less than one year. There was, therefore, no requirement under the *Indian Act* to treat use by Manitoba of the Reserve for the coffer dam as a surrender under section 37 and no necessity to obtain Band approval for such use. Canada acted in conformity with the *Indian Act* in permitting Manitoba to use the Reserve for the coffer dam and in obtaining a Band Council resolution authorizing such use.

Editor's Note (replacing  
paras. 112-141)

*This deleted portion covered a number of issues, namely the plaintiffs' argument that the typed version of the Band Council Resolution was not presented to a meeting of the Band Council, the compensation for use of Reserve land for purposes of the coffer dam and the effect of low*

L'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du batardeau était une utilisation temporaire et non une aliénation permanente. Dans l'arrêt *Opetchesaht*, le juge Major a statué que pareille utilisation temporaire exige l'autorisation du conseil de la bande plutôt que celui de la bande. Voici ce qu'il dit à la page 145:

En cas de vente, de disposition et de location à long terme ou autre aliénation permanente d'un droit des Indiens sur les terres de la réserve, il doit y avoir une cession nécessitant le vote de tous les membres de la bande. Cependant, dans le cas des droits d'utilisation, d'occupation ou de résidence pour une période de plus d'un an, seule l'approbation du conseil de la bande suffit.

[111] Étant donné que la preuve laisse entendre que le Manitoba ne devait pas utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau pendant plus d'un an, le ministre pouvait autoriser pareille utilisation sans obtenir le consentement du conseil de la bande. Toutefois, comme je l'ai déjà expliqué, il y a eu consultation, et le conseil de la bande a donné son consentement. Je ne puis constater l'existence d'aucune violation de la *Loi sur les Indiens* puisque le consentement a été obtenu. Le ministre n'était pas tenu d'agir en l'absence d'un consentement donné par le conseil en vertu du paragraphe 28(2), même s'il s'agissait d'une aliénation temporaire pour une période de moins d'un an. La *Loi sur les Indiens* n'exigeait donc pas que l'utilisation de la réserve par le Manitoba aux fins de la construction du batardeau soit considérée comme une cession en vertu de l'article 37 et il n'était pas nécessaire d'obtenir l'approbation de la bande à pareille fin. Le Canada a agi conformément à la *Loi sur les Indiens* en permettant au Manitoba d'utiliser la réserve aux fins de la construction du batardeau et en obtenant une résolution du conseil de la bande autorisant pareille utilisation.

Note de l'arrêviste (remplaçant  
les par. 112 à 141)

*Le passage qui a été omis se rapportait à un certain nombre de questions, soit l'argument des demandeurs selon lequel la version dactylographiée de la résolution du conseil de la bande n'avait pas été présentée à une assemblée du conseil de la bande, la question de l'indemnisa-*

*water in 1961. However, the main issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in permitting construction of the south section of the dam on Fairford First Nation lands. There were discussions on what constitutes the Water Control Structure and whether a dyke which formed part of the Structure was in the Fairford River bed or on the Reserve. The conclusion was that an embankment, when it also served as a dyke, was not located on Reserve land but was within the bed of the Fairford River on land belonging to the Province of Manitoba. The allegation that the Crown permitted construction of the Water Control Structure on Fairford Reserve land was unfounded.*

*tion accordée à l'égard de l'utilisation des terres de la réserve aux fins de la construction du barrage ainsi que la question de l'effet des basses eaux en 1961. Toutefois, la principale question était de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en permettant la construction de la section sud du barrage sur les terres de la Première nation de Fairford. On a discuté de la composition de l'ouvrage de régularisation des eaux et de la question de savoir si une digue faisant partie de l'ouvrage était située sur le lit de la rivière Fairford ou dans la réserve. Il a été conclu que la levée, lorsqu'elle servait également de digue, n'était pas située sur les terres de la réserve, mais dans le lit de la rivière Fairford, sur des terres détenues par le Manitoba. L'allégation selon laquelle la Couronne avait permis la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux sur les terres de la réserve de Fairford n'était pas fondée.*

4.D. Did Canada breach its fiduciary duty by “failing to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford First Nation interests”?

4.D. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire en «omettant de remédier aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes qui en découlaient pour les droits de la Première nation de Fairford»?

#### 4.D.1. Plaintiffs' position

[142] The plaintiffs argue that Canada failed to address the periodic flooding and related adverse impacts on the Fairford Band's interests from 1961 to the present day. They allege that their Aboriginal rights to fish, hunt and trap, as well as their interest in agricultural production, were negatively impacted by the operation of the Water Control Structure. They claim that although the Structure was operated by Manitoba and that Manitoba was the direct cause of the problems, Canada had a fiduciary duty to put a stop to the adverse effects being experienced by the Band and its members.

#### 4.D.1. Position des demandeurs

[142] Les demandeurs soutiennent que le Canada n'a pas remédié aux inondations périodiques et aux impacts négatifs connexes que les inondations ont eues sur les droits de la bande de Fairford de 1961 jusqu'à ce jour. Ils allèguent que leurs droits ancestraux, en ce qui concerne la pêche, la chasse et le piégeage, ainsi que leur droit à la production agricole, ont été touchés d'une façon négative par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux. Ils allèguent que même si l'ouvrage était exploité par le Manitoba et même si le Manitoba avait directement causé les problèmes, le Canada avait l'obligation fiduciaire de mettre fin aux effets préjudiciables auxquels faisaient face la bande et ses membres.

#### 4.D.2. Facts

[143] The alleged infringement of the plaintiffs' fishing, hunting and trapping rights arose from the

#### 4.D.2. Les faits

[143] L'atteinte alléguée aux droits de pêche, de chasse et de piégeage des demandeurs découlait de



flooding of lands on which the plaintiffs hunted and trapped and from the impact of the operation of the Water Control Structure on water quality and fish stocks in the water bodies adjacent or nearby the Fairford Reserve. The negative impact on agricultural production arose from the flooding of hay lands.

[144] As early as 1961, the Fairford Band members experienced problems with fishing and trapping around Pineimuta Marsh. The flooding that began in 1963 had further negative impact on waterfowl and muskrat reproduction as well as commercial fishing. The severe flooding that was experienced in 1967 caused loss of hay production<sup>16</sup>.

[145] When water quality problems arose in 1961 and thereafter, Canada communicated with Manitoba to ask that the problems being suffered by the Fairford and other Indian bands be addressed. In 1964, representatives from the Indian Affairs Branch met with representatives of Manitoba and members of the Fairford Band and other bands to discuss a number of concerns relating to Indian fishermen. The subject of decreased fish stocks due to the reduced water level on Lake St. Martin was raised and arrangements were made to allow some fishermen on Lake St. Martin to fish on the Dauphin River. As well, representatives of the Indian Affairs Branch attended a public meeting on June 22, 1965, convened by the Province to acquaint Fairford-Lake St. Martin residents with the operation of the Water Control Structure. At that meeting a committee was established whose function would be to keep in touch with the Provincial Water Control and Conservation Branch concerning lake levels and to inform local residents of impending dam operations. Two members of the Fairford Band were appointed to the committee.

l'inondation des terres sur lesquelles ceux-ci se livraient à des activités de chasse et de piégeage ainsi que de l'impact qu'avait l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux sur la qualité de l'eau et sur la population halieutique des cours d'eau situés à côté ou à proximité de la réserve de Fairford. L'impact négatif sur la production agricole était attribuable à l'inondation des champs de foin.

[144] Dès 1961, les membres de la bande de Fairford ont fait face à certains problèmes en ce qui concerne la pêche et le piégeage aux environs du marais Pineimuta. Les inondations qui ont commencé en 1963 ont eu d'autres impacts négatifs sur la reproduction des oiseaux aquatiques et des rats musqués ainsi que sur la pêche commerciale. La grosse inondation qui a eu lieu en 1967 a occasionné la perte de la production de foin<sup>16</sup>.

[145] Lorsque des problèmes de qualité d'eau se sont posés en 1961 et par la suite, le Canada a communiqué avec le Manitoba pour lui demander de remédier aux problèmes auxquels faisaient face la bande de Fairford et les autres bandes indiennes. En 1964, les représentants de la Division des affaires indiennes ont rencontré les représentants du Manitoba ainsi que des membres de la bande de Fairford et d'autres bandes pour discuter d'un certain nombre de questions concernant les pêcheurs indiens. La question de la diminution de la population halieutique attribuable à la baisse du niveau des eaux du lac St-Martin a été soulevée et des dispositions ont été prises en vue de permettre à certains pêcheurs du lac St-Martin de pêcher sur la rivière Dauphin. De plus, des représentants de la Division des affaires indiennes ont assisté, le 22 juin 1965, à une assemblée publique que la province avait convoquée en vue de familiariser les résidents de Fairford et du lac St-Martin avec le fonctionnement de l'ouvrage de régularisation des eaux. On a alors créé un comité chargé de rester en contact avec la Direction provinciale de régularisation et de conservation des eaux, relativement aux niveaux du lac, et d'informer la population locale de toute mesure qui était sur le point d'être prise à l'égard du barrage. Deux membres de la bande de Fairford ont été nommés membres du comité.

[146] Once severe flooding took place in 1967 and 1968, there were direct negotiations between Manitoba and the Band, and Manitoba agreed to compensate the Band for hay losses. Once it became apparent that flooding would be periodic thereafter, there were negotiations between the Band and Manitoba respecting the transfer of land from Manitoba to the Fairford Reserve in compensation for the flooded land.

#### 4.D.3. Fiduciary Duty Analysis

[147] On the basis of *Guerin, supra*, and *Union of Nova Scotia Indians, supra*,<sup>17</sup> the plaintiffs claim that Canada's knowledge of the adverse impacts they were experiencing by the operation of the Water Control Structure, imposed a fiduciary duty upon Canada to alleviate and put a stop to such effects. The plaintiffs suggest that Canada had a duty to do "whatever was necessary" to protect the Band's interests from the effects of the Structure. This included a duty to recognize that the flooding on Reserve land gave rise to a cause of action in trespass and then to bring an action for trespass against Manitoba on behalf of the Fairford Indians.

[148] They also suggest Canada had a duty to exercise leverage under the *Navigable Waters Protection Act*, R.S.C. 1952, c. 193 (NWPA) to control the way in which Manitoba operated the Water Control Structure.

##### 4.D.2.a. *Guerin, Union* and Other Bases for Fiduciary Duties

[149] I have earlier noted that the majority in *Guerin, supra*, found that a fiduciary obligation arose from the surrender of land by an Indian band to the Crown, imposing an obligation on the Crown to act in the band's best interests in dealing with that land. I also observed that in *Union*, what gave rise to an obligation on the government "not to permit adverse

[146] Lorsqu'il y a eu de grosses inondations en 1967 et en 1968, des négociations directes ont été tenues entre le Manitoba et la bande, et le Manitoba a accepté d'indemniser la bande à l'égard du foin perdu. Une fois qu'il est devenu évident que des inondations périodiques se produiraient à l'avenir, la bande et le Manitoba ont entamé des négociations au sujet du transfert de terres du Manitoba à la réserve de Fairford, lesquelles étaient destinées à remplacer les terres inondées.

#### 4.D.3. Analyse de l'obligation fiduciaire

[147] Compte tenu des arrêts *Guerin*, précité, et *Union of Nova Scotia Indians*, précité<sup>17</sup>, les demandeurs allèguent qu'étant donné qu'il était au courant des impacts négatifs auxquels ils faisaient face en raison de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux, le Canada avait l'obligation fiduciaire d'atténuer ces effets et d'y mettre fin. Les demandeurs soutiennent que le Canada était tenu de faire [TRADUCTION] «ce qu'il fallait» pour protéger les droits de la bande contre ces effets préjudiciables, et qu'il était notamment tenu de reconnaître que l'inondation des terres de la réserve faisait naître une cause d'action fondée sur la violation du droit de propriété, puis qu'il était tenu d'intenter contre le Manitoba une action fondée sur pareille violation au nom des Indiens de Fairford.

[148] Les demandeurs soutiennent également que le Canada était tenu d'exercer son influence en vertu de la *Loi sur la protection des eaux navigables*, S.R.C. 1952, ch. 193 (LPEN) pour contrôler la façon dont le Manitoba exploitait l'ouvrage de régularisation des eaux.

##### 4.D.2.a. Les arrêts *Guerin* et *Union* et les autres fondements de l'obligation fiduciaire

[149] J'ai déjà fait remarquer que dans l'arrêt *Guerin*, précité, la majorité des juges avaient conclu qu'une obligation fiduciaire prenait naissance si une bande indienne cédait des terres à la Couronne, de sorte que cette dernière était tenue d'agir dans l'intérêt de la bande lorsqu'elle s'occupait de ces terres. J'ai également fait remarquer que dans l'arrêt *Union*,

effects on continuing Aboriginal interests” was a requirement to consider any environmental effects of a project on Aboriginal interests as prescribed by subsection 2(1) of the CEEA. The duty arose from a particular statutory scheme. Neither *Guerin* nor *Union* prescribe a general fiduciary duty upon the Crown to Indians or Indian bands as proposed by the plaintiffs.

[150] As I found in section 4.A. above, a statute, agreement, particular course of conduct, or unilateral undertaking must be present which either gives rise to a reasonable expectation on the part of the Indians that the Crown would act in a fiduciary capacity or under which power over a matter was ceded by the Indians to the Crown such that the Indians were left vulnerable or at the mercy of the Crown’s discretion. The facts are to the contrary.

[151] The evidence indicates that Band members brought their complaints to the attention of Canada through its Indian Affairs Branch. There is also evidence that employees of the Indian Affairs Branch wrote to Manitoba informing them of the negative effects the Water Control Structure was having on the Reserve and other interests of the Band. Public meetings were held which members of the Fairford Band attended. Members of the Fairford Band were appointed to a liaison committee to keep Manitoba informed of lake levels and to inform local residents of impending dam operations. Later, negotiations commenced between the Fairford Band and Manitoba with respect to compensation for flooded lands. The evidence indicates that even though the Fairford Band brought many of its concerns to Indian Affairs, the Band was aware that it was Manitoba’s operation of the Structure which was causing it difficulties. There is no evidence, at the time these public meetings and negotiations were taking place, that the Band was relying on Canada to remedy the problems caused by the Water Control Structure.

l’obligation du gouvernement de «ne pas permettre que s’exercent des effets négatifs sur des droits autochtones permanents» découlait d’une exigence voulant que le gouvernement tienne compte de tout effet environnemental de la réalisation d’un projet sur les droits ancestraux comme il en est fait mention au paragraphe 2(1) de la LCEE. Cette obligation découlait d’un texte législatif particulier. Or, contrairement à ce que disent les demandeurs, ni l’arrêt *Guerin* ni l’arrêt *Union* n’imposent à la Couronne une obligation fiduciaire générale envers les Indiens ou les bandes indiennes.

[150] Comme je l’ai conclu ci-dessus, dans la section 4.A., il doit exister une loi, une entente, une conduite ou un engagement unilatéral qui donne lieu de la part des Indiens à une attente raisonnable selon laquelle la Couronne agirait à titre de fiduciaire ou qui permet aux Indiens de céder un pouvoir sur une question à la Couronne de sorte qu’ils sont vulnérables ou à la merci du pouvoir discrétionnaire de la Couronne. Or, les faits montrent le contraire.

[151] La preuve montre que les membres de la bande ont porté leurs plaintes à la connaissance du Canada par l’entremise de la Division des affaires indiennes. Elle montre également que des fonctionnaires de la Division des affaires indiennes ont écrit au Manitoba pour informer la province des effets négatifs que l’ouvrage de régularisation des eaux avait sur la réserve et sur les autres droits de la bande. On a tenu des assemblées publiques, auxquelles des membres de la bande de Fairford ont assisté. Des membres de la bande ont été nommés membres d’un comité de liaison chargé de tenir le Manitoba au courant des niveaux du lac et d’informer la population locale des mesures qui étaient sur le point d’être prises à l’égard du barrage. Par la suite, la bande de Fairford et le Manitoba ont entamé des négociations au sujet de l’octroi d’une indemnité à l’égard des terres inondées. La preuve montre que même si elle a fait part d’un grand nombre de ses préoccupations aux Affaires indiennes, la bande de Fairford savait que c’était l’exploitation de l’ouvrage par le Manitoba qui causait des problèmes. Rien ne montre qu’au moment où ces assemblées publiques et négociations ont eu lieu, la bande comptait sur le Canada pour remédier aux

[152] Furthermore, there is no evidence that Canada had any discretion or power to control the operation of the Water Control Structure. Canada's only direct involvement with the Water Control Structure was with respect to its study, approval and financing. Manitoba owned the Water Control Structure and operated it. The only power that Canada had would have been to bring an action for trespass (or perhaps some other type of action) against Manitoba. Although the plaintiffs argue that Canada should have commenced such an action on their behalf, subsection 31(3) of the *Indian Act* preserves the right of the band and/or its members to bring such an action themselves. The Band did not cede that power to Canada nor was there any mutual understanding between Canada and the Band giving rise to a reasonable expectation that such an action would be commenced by Canada.

[153] The Fairford Band was not in a vulnerable position *vis-à-vis* Canada with respect to third parties who trespassed on their land or otherwise interfered with their interests. While it might be said that the Indians were vulnerable and at the mercy of the effects of the operation of the Water Control Structure, they were not reliant on Canada to exercise discretion as to whether or not to protect their interests.

[154] As I have already determined, actions taken by the Indian Affairs Branch were in the performance of public law duties under the *Indian Act*. Such actions cannot be construed as a holding out or course of conduct giving rise to a fiduciary duty.

#### 4.D.2.b. *Navigable Waters Protection Act*

[155] In support of their argument under the NWPA, the plaintiffs rely on sections 4 and 5 of that Act which provide, in part:

problèmes causés par l'ouvrage de régularisation des eaux.

[152] En outre, rien ne montre que le Canada ait eu le pouvoir discrétionnaire de contrôler l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux. La seule participation directe du Canada à l'égard de l'ouvrage de régularisation des eaux se rapportait à l'étude qu'il avait effectuée, ainsi qu'à l'approbation et au financement du projet. C'était le Manitoba qui était propriétaire de l'ouvrage de régularisation des eaux et qui l'exploitait. Le Canada aurait uniquement eu le pouvoir d'intenter une action fondée sur la violation du droit de propriété (ou peut-être un autre genre d'action) contre le Manitoba. Les demandeurs soutiennent que le Canada aurait dû intenter pareille action en leur nom, mais le paragraphe 31(3) de la *Loi sur les Indiens* préserve le droit de la bande ou de ses membres d'intenter eux-mêmes pareille action. La bande n'a pas cédé ce pouvoir au Canada et il n'y avait pas d'entente mutuelle entre le Canada et la bande donnant lieu à une attente raisonnable permettant de croire que le Canada intenterait une telle action.

[153] La bande de Fairford n'était pas vulnérable face au Canada en ce qui concerne les tiers qui pénétraient, sans droit ni autorisation, dans leur réserve, ou qui portaient de quelque autre façon atteinte à leurs droits. Il serait possible de dire que les Indiens étaient vulnérables et qu'ils étaient à la merci des effets de l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux, mais ils ne comptaient pas sur le Canada pour exercer un pouvoir discrétionnaire en ce qui concerne la protection de leurs droits.

[154] Comme je l'ai déjà conclu, les mesures que la Division des affaires indiennes a prises étaient conformes aux obligations de droit public prévues par la *Loi sur les Indiens*. Ces mesures ne peuvent pas être interprétées comme une promesse ou comme une conduite donnant naissance à une obligation fiduciaire.

#### 4.D.2.b. *Loi sur la protection des eaux navigables*

[155] À l'appui de l'argument fondé sur le LPEN, les demandeurs invoquent les articles 4 et 5 de la Loi, qui prévoient notamment ceci:

4. (1) No work shall be built or placed in, upon, over, under, through or across any navigable water unless the site thereof has been approved by the Governor in Council, nor unless such work is built, placed and maintained in accordance with plans and regulations approved or made by the Governor in Council.

...

5. (1) Any work to which this Part applies that is built or placed upon a site not approved by the Governor in Council, or is not built or placed in accordance with plans so approved, or, having been so built or placed, is not maintained in accordance with such plans and regulations, may be removed and destroyed under the authority of the Governor in Council by the Minister of Public Works, and the materials contained in the said work may be sold, given away or otherwise disposed of, and the costs of and incidental to the removal, destruction or disposition of such work, deducting therefrom any sum that may be realized by sale or otherwise, are recoverable with costs in the name of her Majesty from the owner.

[156] The plaintiffs assert that the Water Control Structure was never approved by the Governor in Council. They submit that because Canada had the authority to remove and destroy the Water Control Structure under section 5, Canada therefore had considerable leverage with which to compel Manitoba to operate the Water Control Structure in such a way as to eliminate, or at least minimize, harm to Fairford Indians and Reserve land, or to pay additional compensation to the Band.

[157] There are two problems with this argument. First, it is not clear from the evidence as to whether the Governor in Council ever approved the Water Control Structure pursuant to section 4.

[158] More importantly, the NWPA does not give Canada the kind of authority that the plaintiffs claim it does. It is not open to Canada, pursuant to section 5 of the Act, to use its authority to destroy the Water Control Structure as leverage to persuade Manitoba to operate the Structure in a way that would minimize harm to the Fairford Band and its members' interests, or to provide them with additional compensation. The NWPA concerns the navigability of waterways. The

4. (1) Aucun ouvrage ne doit être construit ou placé dans des eaux navigables, ni sur, sous ou à travers de telles eaux, ni au-dessus, à moins que l'emplacement n'en ait été agréé par le gouverneur en conseil, et que ledit ouvrage ne soit construit, placé et entretenu en conformité des plans et règlements approuvés ou établis par le gouverneur en conseil.

[. . .]

5. (1) Tout ouvrage visé par la présente Partie, qui a été construit ou placé sur un emplacement non approuvé par le gouverneur en conseil, ou qui n'a pas été construit ou placé conformément à des plans ainsi approuvés, ou qui, après avoir été ainsi construit ou placé, n'est pas entretenu conformément à de semblables plans et règlements, peut être enlevé et détruit sous l'autorité du gouverneur en conseil par le ministre des Travaux publics, et les matériaux contenus dans ledit ouvrage peuvent être vendus, donnés ou autrement aliénés, et les frais de l'enlèvement, de la destruction ou autre aliénation de cet ouvrage, et les frais y afférents, sont, après déduction de toute somme réalisée par vente ou autrement, recouvrables du propriétaire, avec dépens, au nom de Sa Majesté.

[156] Les demandeurs affirment que l'ouvrage de régularisation des eaux n'a jamais été agréé par le gouverneur en conseil. Ils soutiennent qu'étant donné que le Canada était autorisé à enlever et à détruire l'ouvrage de régularisation des eaux en vertu de l'article 5, il pouvait donc exercer des pressions considérables pour contraindre le Manitoba à exploiter l'ouvrage de régularisation des eaux de façon à éliminer, ou du moins à minimiser, le préjudice causé aux Indiens de Fairford et les dommages causés aux terres de la réserve, ou à verser une indemnité additionnelle à la bande.

[157] Cet argument soulève deux problèmes. En premier lieu, la preuve ne montre pas clairement si le gouverneur en conseil a agréé l'ouvrage de régularisation des eaux conformément à l'article 4.

[158] Fait encore plus important, la LPEN ne confère pas au Canada le genre de pouvoir que celui-ci aurait selon les demandeurs. Il n'est pas loisible au Canada, conformément à l'article 5 de la LPEN, d'exercer le pouvoir qu'il possède de détruire l'ouvrage de régularisation des eaux en vue de convaincre le Manitoba d'exploiter l'ouvrage de façon à minimiser le préjudice causé à la bande de Fairford et l'atteinte portée aux droits de ses membres, ou de leur

Governor in Council's authority to make regulations or orders is set out in section 10, which provides, in part:

10. (1) The Governor in Council may make such orders or regulations as he deems expedient for navigation purposes respecting any work to which this Part applies . . . [Underlining added.]

Sections 4 and 10 of the Act authorize the Governor in Council to make orders or regulations for the purpose of ensuring navigability of the water body concerned. They do not give Canada the general authority to exact concessions unrelated to the purposes of the Act on the threat of tearing the Structure down.

[159] As a result I must conclude that the plaintiffs' argument that Canada breached its fiduciary duty in failing to use the provisions of the NWPA as leverage to exact concessions from Manitoba respecting the flooding of the Fairford Reserve land is also untenable.

4.E. Did Canada breach its fiduciary duty to the Band "in the unconditional section 35 transfer of 23 acres of land 'for road purposes' in 1962 without: consulting the Band; prescribing terms and conditions in the transfer to ensure minimal infringement on the interests of the Fairford First Nation; and ensuring just compensation"?

#### 4.E.1. Facts

[160] In conjunction with the construction of the Water Control Structure, Provincial Trunk Highway No. 6 was diverted to use the top of the Water Control Structure as a bridge over the Fairford River. In using the Water Control Structure as a bridge, Manitoba realigned the highway through the Reserve to eliminate curves. In order to realign the highway, Manitoba required approximately 34 acres of Fairford Reserve land as highway right of way.

accorder une indemnité additionnelle. La LPEN se rapporte à la navigabilité des cours d'eau. Le pouvoir que possède le gouverneur en conseil d'établir des règlements ou des arrêtés est énoncé à l'article 10, qui prévoit notamment ceci:

10. (1) Le gouverneur en conseil peut établir les arrêtés ou les règlements qu'il juge utiles aux fins de la navigation, concernant tout ouvrage auquel s'applique la présente Partie, [. . .] [Je souligne.]

Les articles 4 et 10 de la LPEN autorisent le gouverneur en conseil à prendre des arrêtés ou des règlements afin d'assurer la navigabilité du cours d'eau en cause. Ils ne confèrent pas au Canada le pouvoir général d'exiger des concessions qui n'ont rien à voir avec l'application de la Loi en menaçant de démolir l'ouvrage.

[159] Je dois donc conclure que l'argument des demandeurs selon lequel le Canada a violé son obligation fiduciaire en omettant d'utiliser les dispositions de la LPEN pour exiger des concessions du Manitoba à l'égard de l'inondation des terres de la réserve de Fairford est également insoutenable.

4.E. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande «en transférant sans condition en 1962, en vertu de l'article 35, 23 acres de terrain "aux fins d'une route" sans consulter la bande, sans imposer à l'égard du transfert des conditions destinées à assurer qu'il soit le moins possible porté atteinte aux droits de la Première nation de Fairford et sans obtenir une juste indemnité»?

#### 4.E.1. Les faits

[160] En même temps que la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux, la route provinciale à grande circulation n° 6 a été détournée de façon que le sommet de l'ouvrage de régularisation des eaux serve de pont sur la rivière Fairford. Le Manitoba a ainsi procédé à un nouvel alignement de la route à travers la réserve en vue d'éliminer les courbes. Pour ce faire, le Manitoba avait besoin d'environ 34 acres dans la réserve de Fairford comme emprise routière.

[161] The relevant provision of the *Indian Act* for the taking of land for provincial purposes is section 35:

35. (1) Where by an Act of the Parliament 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) are governed by the statute by which the powers are conferred.

(3) Whenever the Governor in Council has consented to the exercise by a province, a municipal or local authority or a 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 the 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 on 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 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).

[162] By Band Council resolution dated December 7, 1960, 11 acres closest to the Water Control Structure were authorized to be transferred to Manitoba. Compensation was agreed in the sum of \$50 per acre. Partial payment of eighty percent of the purchase price was made. Canada did not enact an order in council under section 35 and thus, a transfer of title of these 11 acres was not legally effected at this time.

[163] By Band Council resolution dated June 12, 1962, a further 23 acres (south of the 11 acres which was the subject of the December 7, 1960 Band Council resolution) was agreed to be transferred to Manitoba. Again, compensation was agreed to in the sum of \$50 per acre plus \$500 for severance and general inconvenience. Partial payment of the agreed

[161] La disposition pertinente de la *Loi sur les Indiens* concernant la prise de terres à des fins provinciales est l'article 35:

35. (1) Lorsque, par une loi fédérale ou provinciale, Sa Majesté du chef d'une province, une autorité municipale ou locale, ou une personne morale, a le pouvoir de prendre ou d'utiliser des terres ou tout droit sur celles-ci sans le consentement du propriétaire, ce pouvoir peut, avec le consentement du gouverneur en conseil et aux conditions qu'il peut prescrire, être exercé relativement aux terres dans une réserve ou à tout droit sur celles-ci.

(2) À moins que le gouverneur en conseil n'en ordonne autrement, toutes les questions 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, une autorité municipale ou locale ou une personne morale, il peut, au lieu que la province, l'autorité ou la personne morale prenne ou utilise les terres sans le consentement du propriétaire, permettre un transfert ou octroi de ces terres à la province, autorité ou personne morale, sous réserve des conditions qu'il fixe.

(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 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).

[162] Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 7 décembre 1960, le transfert au Manitoba de 11 acres, situées à proximité de l'ouvrage de régularisation des eaux, a été autorisé. L'indemnité convenue était de 50 \$ l'acre. Un paiement partiel correspondant à 80 p. 100 du prix d'achat a été effectué. Le Canada n'a pas pris de décret en vertu de l'article 35, de sorte que le titre relatif à ces 11 acres n'a jamais été légalement transféré.

[163] Au moyen d'une résolution du conseil de la bande datée du 12 juin 1962, le transfert au Manitoba de 23 acres de terrain (au sud des 11 acres visées par la résolution du 7 décembre 1960) a été autorisé. Encore une fois, l'indemnité convenue était de 50 \$ l'acre, plus 500 \$ pour la séparation et les inconvénients généraux. Un paiement partiel a été effectué.

upon amount was paid. This time, by Order in Council 1962-1761 dated December 13, 1962, Canada consented to the transfer of the 23 acres to Manitoba in accordance with section 35 of the *Indian Act*.

[164] It then appears there was misunderstanding, error and delay with respect to the payment of the balance of the amount owing by Manitoba and the finalization of the transfer of title to Manitoba for both the 11 and 23 acres. Eventually, in 1971, payment in full, including interest, was made by Manitoba. By federal order in council 1973-1734, dated June 19, 1973, Canada consented to the taking by Manitoba of the entire 34 acres for the highway right of way. This 1973 Order in Council covered both the 23 acres that had already been the subject of Order in Council 1962-1761 and the 11 acres which had not been the subject of an order in council.

#### 4.E.2. Failure to Consult

[165] The plaintiffs say they were not consulted with respect to the transfer of land for highway purposes but clearly they were. The evidence shows they passed Band Council resolutions for both the 11 and 23 acres and were consulted as to the compensation therefor. There is no evidence to suggest the compensation was not appropriate. The plaintiffs led no evidence to indicate that the fair market value of the land was greater than was agreed upon or that the taking exceeded a minimal infringement of the Band's interests.

[166] The plaintiffs argue that by reason of Order in council 1973-1734 covering all 34 acres having been delayed for over a decade, the fact the highway was then in place made the land more valuable and that the Order in Council should not have been passed without renegotiating the value of the land as highway land. This argument ignores the fact that 23 acres were the subject of Order in council 1962-1761 in 1962. Moreover, the value of land is determined by the value of comparable land in the area, not by placing a special value on the land for the highway.<sup>18</sup> No evidence was led to suggest the value of comparable land was higher than \$50 per acre when the Band Council

Cette fois-ci, au moyen du décret 1962-1761 du 13 décembre 1962, le Canada a consenti au transfert des 23 acres au Manitoba conformément à l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*.

[164] Il appert qu'il y a ensuite eu un malentendu, une erreur et un retard lorsqu'il s'est agi de payer le solde du montant dû par le Manitoba et de mener à bonne fin le transfert du titre au Manitoba tant pour les 11 acres que pour les 23 acres en question. Finalement, en 1971, le Manitoba a effectué le paiement intégral, intérêts compris. Par le décret fédéral 1973-1734 du 19 juin 1973, le Canada a consenti à ce que le Manitoba prenne les 34 acres aux fins de l'emprise routière. Ce décret de 1973 se rapportait tant aux 23 acres déjà visés par le décret 1962-1761 qu'aux 11 acres qui n'avaient fait l'objet d'aucun décret.

#### 4.E.2. L'omission de consulter la bande

[165] Les demandeurs affirment qu'ils n'ont pas été consultés au sujet du transfert des terres aux fins de la route, mais ils l'ont clairement été. La preuve montre que le conseil de la bande a adopté des résolutions tant pour les 11 acres que pour les 23 acres et qu'il y a eu consultation au sujet de la question de l'indemnisation. Rien ne donne à entendre que l'indemnité n'ait pas été suffisante. Les demandeurs n'ont présenté aucune preuve tendant à montrer que la juste valeur marchande des terres était supérieure à ce qui avait été convenu ou que la prise des terres constituait plus qu'une atteinte minime aux droits de la bande.

[166] Les demandeurs soutiennent qu'étant donné que l'adoption du décret 1973-1734, se rapportant aux 34 acres, a été retardée pendant plus d'une décennie, la valeur des terres avait alors augmenté puisque la route était alors construite, et que le décret n'aurait pas dû être pris sans qu'on négocie de nouveau la valeur des terres en tant que terres sur lesquelles une route était située. Cet argument ne tient pas compte du fait que 23 acres étaient visées par le décret 1962-1761 pris en 1962. En outre, la valeur des terres dépend de la valeur de terrains comparables de la région, et non d'une valeur spéciale attribuée aux terres à cause de la route<sup>18</sup>. On n'a présenté aucun



resolutions were passed or that the value increased between the early 1960s and the early 1970s.

#### 4.E.3. Trespass by Manitoba

[167] The plaintiffs also say that until the land was formally transferred, Manitoba was trespassing and Canada failed to obtain appropriate compensation for the trespass. This argument could only apply to the northern 11 acres for which there was no order in council until 1973. The plaintiffs do not indicate what amount would be appropriate compensation for the trespass. However, the evidence is that Manitoba paid eighty percent of the agreed upon price when the Band originally agreed to the taking of the 11 acres in 1960. As evidenced by its Band Council resolutions, a meeting held at Ashern, Manitoba, between Indian Affairs and the Band Council on September 16, 1971, where an explanation of the delay was given that was satisfactory to the Band Council, and payment of the balance of the amount owing, including interest, the Band was informed of, and understood, the circumstances.

[168] Although the formality of transfer of the northern 11 acres did not take place in 1960, the entry onto the Reserve and use of the land by Manitoba was not unauthorized. It is difficult to conceive of this as a trespass when there was agreement to the transfer by the Band, eighty percent of the acquisition price was paid, there was authorized entry onto and use of the land without objection and, when the final payment was made in the early 1970s, interest was added for the period of delay in payment and this was satisfactory to the Band at the time.

#### 4.E.4. Failure to Complete Transaction

[169] The circumstances here involve the taking of land from the Reserve. Once Band Council resolutions

élément de preuve donnant à entendre que les terrains comparables valaient plus de 50 \$ l'acre lorsque les résolutions du conseil de la bande ont été adoptées ou que la valeur des terres a augmenté entre le début des années 1960 et le début des années 1970.

#### 4.E.3. Violation du droit de propriété par le Manitoba

[167] Les demandeurs affirment également que tant que les terres n'ont pas été officiellement transférées, le Manitoba pénétrait, sans droit ni autorisation, dans la réserve et que le Canada n'a pas obtenu une indemnité appropriée à l'égard de cette violation. Cet argument pourrait uniquement s'appliquer aux 11 acres situées au nord, pour lesquelles un décret n'a été pris qu'en 1973. Les demandeurs n'indiquent pas quelle serait l'indemnité appropriée à l'égard de la violation du droit de propriété. Toutefois, selon la preuve, le Manitoba aurait payé 80 p. 100 du prix convenu lorsque la bande a initialement accepté, en 1960, que les 11 acres soient prises. Comme en font foi les résolutions du conseil de la bande, des représentants des Affaires indiennes et le conseil de la bande se sont rencontrés à Ashern (Manitoba) le 16 septembre 1971; des explications qui satisfaisaient le conseil de la bande ont alors été données au sujet du retard et la bande a été informée des circonstances relatives au paiement du solde du montant dû, intérêts compris, et elle les a comprises.

[168] Les 11 acres situées au nord n'ont pas été officiellement transférées en 1960, mais le Manitoba était autorisé à pénétrer dans la réserve et à utiliser les terres. Il est difficile d'imaginer qu'il s'agit là d'une violation du droit de propriété puisque la bande avait consenti au transfert, que 80 p. 100 du prix d'achat avait été payé, qu'on avait autorisé le Manitoba à pénétrer dans la réserve et à utiliser les terres sans que des objections soient formulées, et que, lorsque le prix a finalement été payé au début des années 1970, des intérêts ont été ajoutés et que ces dispositions satisfaisaient la bande à ce moment-là.

#### 4.E.4. L'omission de compléter l'opération

[169] Les circonstances se rapportent ici à la prise des terres de la réserve. Une fois les résolutions du

were passed by the Band, Canada was obliged to effect the transfer of land and obtain the agreed upon compensation. Canada failed to effect the transfer of the northern 11 acres for over a decade after the Band Council resolution authorizing the transfer had been passed. Further, Canada failed to secure payment of the full agreed upon price for the entire 34 acres until 1971.

[170] Canada's necessary involvement under section 35 of the *Indian Act* in the taking of land from the Fairford Reserve for highway purposes by Manitoba gave rise to a fiduciary duty upon Canada to ensure that the best interests of the Band were protected in so far as Canada's unilateral discretion with respect to the transaction was concerned. (See *Kruger v. The Queen*, [1986] 1 F.C. 3 (C.A.), at page 13, *per* Heald J.A. and at page 45, *per* Urie J.A.). While the transfer of the land and the amount of compensation was agreed to by the Band Council, the Band was vulnerable to the exercise of Canada's discretion with respect to the effecting of the transfer and the obtaining of payment.

[171] The failure by Canada to properly consent to the transfer of the northern 11 acres to Manitoba by order in council for over 12 years constituted a breach of fiduciary duty to the Band. Failure by Canada to collect the full purchase price from Manitoba in a timely manner also constituted a breach of fiduciary duty. The Band was completely reliant on Canada with respect to payment arrangements. Clearly, Canada failed to act in a reasonable and prudent manner as if it were looking after its own interests when it came to securing payment in full.

[172] In *Blueberry, supra*, Gonthier J. found at page 365 that the Crown's fiduciary duty in that case extended to exercising the power it had under section 64 of the *Indian Act* to correct the error it had committed in inadvertently selling certain mineral rights. In the present case, the Crown's fiduciary duty also extended to completing the transaction by consenting

conseil de la bande adoptées, le Canada était tenu de transférer les terres et d'obtenir l'indemnité convenue. Or, les 11 acres situées au nord ont été transférées plus d'une décennie après l'adoption de la résolution du conseil de la bande autorisant le transfert. En outre, le paiement intégral du prix convenu pour les 34 acres n'a été obtenu qu'en 1971.

[170] La participation nécessaire du Canada, en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, à la prise par le Manitoba des terres de la réserve de Fairford aux fins d'une route a donné naissance à une obligation fiduciaire de la part du Canada de veiller à ce que les intérêts de la bande soient protégés puisque celui-ci avait un pouvoir discrétionnaire unilatéral à l'égard de l'opération. (Voir *Kruger c. La Reine*, [1986] 1 C.F. 3 (C.A.), à la page 13, juge Heald, J.C.A., et à la page 45, juge Urie, J.C.A.). Le conseil de la bande avait consenti au transfert des terres et avait convenu du montant de l'indemnité, mais la bande était vulnérable par suite du pouvoir discrétionnaire exercé par le Canada à l'égard du transfert et du paiement.

[171] En omettant de consentir de la façon appropriée au transfert au Manitoba des 11 acres situées au nord au moyen d'un décret pendant plus de 12 ans, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande. En omettant de recouvrer le plein montant du prix d'achat dans un délai opportun, le Canada a encore une fois violé son obligation fiduciaire. La bande comptait entièrement sur le Canada pour prendre des dispositions à l'égard du paiement. À coup sûr, le Canada n'a pas agi d'une façon raisonnable et prudente comme s'il veillait à ses propres intérêts lorsqu'il s'est agi d'obtenir le paiement intégral.

[172] Dans l'arrêt *Blueberry*, précité, le juge Gonthier a conclu, à la page 365, que l'obligation fiduciaire de la Couronne dans ce cas-là allait jusqu'à exercer le pouvoir qu'elle avait en vertu de l'article 64 de la *Loi sur les Indiens* en vue de corriger l'erreur qu'elle avait commise en vendant par inadvertance certains droits miniers. En l'espèce, la Couronne était

to the transfer of the northern 11 acres by order in council and by securing payment of the balance owing by Manitoba including interest.

[173] Ultimately, payment in full was received with interest and an order in council consenting to the transfer of the entire 34 acres to Manitoba was executed. The breaches of fiduciary duty were thus remedied. I can see no further outstanding cause of action based upon breach of fiduciary duty in these circumstances.

4.F. Did Canada breach its fiduciary duty “by encouraging the Fairford First Nation to engage in land exchange negotiations with Manitoba in 1969 when Canada knew that the construction and operation of the Water Control Structure adversely impacted the Fairford First Nation’s practical and legal interests far beyond merely land and that the Fairford First Nation had no capacity or authority to conclude such negotiations or agreements”?

Editor’s Note (replacing  
paras. 174-182)

*On that aspect of breach of fiduciary duty, the plaintiffs argued first that the Crown knew that the dam adversely impacted the Fairford Band and its members in respect of matters beyond land, that is fishing, hunting and trapping, and second, that the Band had no capacity or authority to conclude an agreement. Facts relating to these arguments were reviewed. The Fairford Band was, at the time, being advised by legal counsel and could not therefore argue that it had ceded its authority respecting negotiations with Manitoba to the Crown or that it had any expectation that the latter would negotiate on its behalf.*

également tenue, en vertu de son obligation fiduciaire, de mener l’opération à bonne fin en consentant au transfert des 11 acres situées au nord au moyen d’un décret et en obtenant le paiement du solde dû par le Manitoba, intérêts compris.

[173] Enfin, le paiement intégral a été obtenu, avec intérêts, et un décret autorisant le transfert des 34 acres au Manitoba a été pris. Il a donc été remédié aux violations de l’obligation fiduciaire. Dans ces conditions, je ne puis constater l’existence d’aucune autre cause d’action fondée sur la violation d’une obligation fiduciaire.

4.F. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire «en encourageant la Première nation de Fairford à entamer des négociations avec le Manitoba, en 1969, en vue d’un échange de terres, alors qu’il savait que la construction et l’exploitation de l’ouvrage de régularisation des eaux allaient avoir un impact négatif sur les intérêts pratiques et juridiques de la Première nation de Fairford s’étendant bien au-delà d’un intérêt foncier et que la Première nation de Fairford n’avait pas la capacité ou le pouvoir de conclure pareilles négociations ou ententes»?

Note de l’arrêviste (remplaçant  
les par. 174 à 182)

*En ce qui concerne cet aspect de la violation de l’obligation fiduciaire, les demandeurs ont en premier lieu soutenu que la Couronne savait que le barrage aurait un impact négatif sur la bande de Fairford et sur ses membres à l’égard de questions autres que des questions foncières, c’est-à-dire sur la pêche, la chasse et le piégeage, et en son second lieu, que la bande n’avait pas la capacité ou le pouvoir de conclure une entente. Les faits se rapportant à ces arguments ont été examinés. À ce moment-là, la bande de Fairford était représentée par un avocat et ne pouvait donc pas soutenir qu’elle avait cédé son pouvoir à la Couronne à l’égard des négociations avec le Manitoba ou qu’elle s’attendait à ce que cette dernière négocie pour son compte.*

#### 4.F.3. The Crown's Duty

[183] The relationship between the Crown and Indian bands respecting their lands and rights is governed by the twin policies of autonomy and protection. Depending upon the significance of the rights at issue, different levels of protection and autonomy may apply. In *Opetchesaht*, *supra*, at page 145, Major J. explains the balancing of these two policies:

It is important that the band's interest be protected but on the other hand the autonomy of the band in decision making affecting its land and resources must be promoted and respected. These sometimes conflicting values were identified by McLachlin J. in *Blueberry River Indian Band*, *supra*, at p. 370:

My view is that the *Indian Act's* provisions for surrender of band reserves strikes a balance between the two extremes of autonomy and protection.

Gonthier J. at p. 358, speaking for the majority, accepted this principle:

As McLachlin J. observes, the law treats aboriginal peoples as autonomous actors with respect to the acquisition and surrender of their lands, and for this reason, their decisions must be respected and honoured.

[184] This *dicta* points out that even though there is protection afforded by the *Indian Act*, Aboriginal peoples are to be treated as autonomous actors whose decisions must be respected and honoured. There is therefore no legal reason why the Fairford Band could not and should not have negotiated with Manitoba. Canada's role arises with respect to the carrying out of the policy of protection. It is not necessary and, having regard to the fact that Aboriginals are to be treated as autonomous actors, it may be undesirable, for Canada to actively participate in a band's negotiations with third parties.

[185] Later, it will be explained that because the compensation land had to be transferred from Manitoba to Canada in order for it to become part of the Reserve, a fiduciary duty arose at the time of transfer to ensure that the Band was not exploited. However, that duty arose only when Canada was asked to ratify the agreement negotiated by the Band.

#### 4.F.3. L'obligation de la Couronne

[183] Le rapport existant entre la Couronne et les bandes indiennes à l'égard des terres et droits de ces dernières est régi par les deux principes d'autonomie et de protection. L'étendue de la protection et de l'autonomie peut varier en fonction de l'importance des droits en cause. Dans l'arrêt *Opetchesaht*, précité, à la page 145, le juge Major explique l'équilibre qu'il faut établir entre les deux politiques:

D'une part, il est important de protéger les droits de la bande, mais, d'autre part, il faut également favoriser et respecter son autonomie dans la prise de décisions concernant ses terres et ses ressources. Dans *Bande indienne de la rivière Blueberry*, précité, le juge McLachlin a fait état de ces valeurs, qui entrent parfois en conflit, à la p. 370:

À mon avis, les dispositions de la *Loi des Indiens* relatives à la cession des réserves des bandes établissent un équilibre entre les deux pôles extrêmes que constituent l'autonomie et la protection.

À la page 358, le juge Gonthier, s'exprimant au nom de la majorité, a accepté ce principe:

Ainsi que l'a fait remarquer le juge McLachlin, la loi traite les peuples autochtones comme des acteurs autonomes en ce qui concerne l'acquisition et la cession de leurs terres, il faut donc respecter leurs décisions.

[184] Cette remarque incidente montre que même si la *Loi sur les Indiens* offre une protection, il faut traiter les peuples autochtones comme des acteurs autonomes dont les décisions doivent être respectées. Il n'existe donc aucun motif d'ordre juridique pour lequel la bande de Fairford n'aurait pas pu ou n'aurait pas dû négocier avec le Manitoba. Le rôle du Canada se rapporte à l'application de la politique relative à la protection. Il n'est pas nécessaire et, puisque les Autochtones doivent être considérés comme des acteurs autonomes, il n'est peut-être pas souhaitable, que le Canada participe activement aux négociations entre une bande et des tiers.

[185] Il sera ci-dessous expliqué qu'étant donné que les terres de remplacement devaient être transférées du Manitoba au Canada afin de faire partie de la réserve, une obligation fiduciaire de veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée a pris naissance au moment du transfert. Toutefois, cette obligation a uniquement pris naissance lorsqu'on a demandé au Canada de ratifier l'entente négociée par la bande.

[186] During the negotiating stage there was no such duty. The Band was in the best position to know the losses it suffered. It retained counsel. I can think of no reason in principle why an Indian band should not be able to determine its own requirements, conduct its own negotiations and conclude those negotiations. I think this approach is consistent with the *dicta* in *Opetchesah, supra*. If and when Canada is called upon to ratify a negotiated agreement, as I have said, a fiduciary duty arises to ensure the Band has not been exploited, but not before.

Editor's note (replacing  
paras. 187-195)

*The conclusion drawn in this deleted portion was that the evidence did not support the plaintiffs' arguments that the Crown may have withheld information crucial to negotiations between the Fairford Band and the Province of Manitoba.*

4.G. Did Canada breach its fiduciary duty to the Fairford Band "by failing to disclose to the Fairford First Nation and attempting unilaterally to correct the clear lack of authority for the province to be on Reserve land by purporting to transfer, in 1973, a 34-acre block of land for 'public road purposes', again without consulting the Fairford First Nation"?

4.G.1. Plaintiffs' Position

[196] This argument pertains to the same 34 acres of reserve land taken for Provincial Trunk Highway No. 6 already discussed under issue 4.E. above. The plaintiffs say the Crown did not disclose or consult with the Band when it completed the transactions involving the land taken for the highway.

[186] Au stade des négociations, il n'existait pas d'obligation de ce genre. La bande était la mieux placée pour savoir quelles pertes elle avait subies. Elle a retenu les services d'un avocat. Je ne puis voir pourquoi, en principe, une bande indienne ne devrait pas être en mesure de déterminer ses propres exigences ainsi que de conduire ses propres négociations et de les mener à bonne fin. Je crois que cette approche est conforme aux remarques incidentes qui ont été faites dans l'arrêt *Opetchesah*, précité. Comme je l'ai dit, si le Canada est appelé à ratifier une entente négociée, il doit alors veiller à ce que la bande ne soit pas exploitée, mais autrement il n'est pas tenu de le faire.

Note de l'arrêtiste (remplaçant  
les par. 187 à 195)

*La conclusion qui a été tirée dans ce passage était que la preuve n'était pas l'argument des demandeurs voulant que la Couronne avait peut-être omis de divulguer des renseignements essentiels aux négociations entre la bande de Fairford et la province du Manitoba.*

4.G. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford «en omettant de divulguer des renseignements à la Première nation de Fairford et en tentant unilatéralement de remédier au fait que la province n'était de toute évidence pas autorisée à occuper les terres de la réserve au moyen du transfert réputé, en 1973, d'une parcelle de 34 acres aux "fins d'une voie publique", encore une fois sans consulter la première nation de Fairford»?

4.G.1. La position des demandeurs

[196] Cet argument se rapporte à la parcelle de 34 acres qui a été prise aux fins de la route provinciale à grande circulation n° 6 dont il a déjà été question dans la section 4.E. Les demandeurs affirment que la Couronne n'a pas informé ou consulté la bande lorsqu'elle a conclu les opérations relatives aux terres qui étaient prises aux fins d'une route.

#### 4.G.2. Duty to Consult

[197] As earlier noted, Canada was under a fiduciary duty to protect the Band's interests when it was in the process of consenting to transfer reserve land to Manitoba and obtaining the compensation agreed upon. There is no doubt that in questions involving surrenders of reserve land, there is a duty of consultation on the Crown. In my opinion, this duty of consultation extends to dispositions of reserve land by Canada under section 35 of the *Indian Act*. In *Guerin*, *supra*, Dickson J. found at page 388:

When the promised lease proved impossible to obtain, the Crown, instead of proceeding to lease the land on different, unfavourable terms, should have returned to the Band to explain what had occurred and seek the Band's counsel on how to proceed.

[198] In *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010, Lamer C.J. states at page 1113:

This aspect of aboriginal title suggests that the fiduciary relationship between the Crown and aboriginal peoples may be satisfied by the involvement of aboriginal peoples in decisions taken with respect to their lands. There is always a duty of consultation. Whether the aboriginal group has been consulted is relevant to determining whether the infringement of aboriginal title is justified, in the same way that the Crown's failure to consult an aboriginal group with respect to the terms by which reserve land is leased may breach its fiduciary duty at common law: *Guerin*.

[199] The degree of the consultation required is described by Lamer C.J. again at page 1113:

The nature and scope of the duty of consultation will vary with the circumstances. In occasional cases, when the breach is less serious or relatively minor, it will be no more than a duty to discuss important decisions that will be taken with respect to lands held pursuant to aboriginal title. Of course, even in these rare cases when the minimum acceptable standard is consultation, this consultation must be in good faith, and with the intention of substantially addressing the concerns of the aboriginal peoples whose lands are at issue. In most cases, it will be significantly deeper than mere consultation. Some cases may even require the full consent of an aboriginal nation, particularly when provinces enact

#### 4.G.2. L'obligation de consulter

[197] Comme il en a déjà été fait mention, le Canada avait l'obligation fiduciaire de protéger les intérêts de la bande lorsqu'il était en train de négocier le transfert de terres de la réserve au Manitoba et d'obtenir l'indemnité convenue. Il est certain qu'en ce qui concerne les questions de cession de terres d'une réserve, il existe une obligation de consultation de la part de la Couronne. À mon avis, cette obligation s'étend aux aliénations des terres d'une réserve par le Canada en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson a tiré la conclusion suivante, à la page 388:

Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il lui fallait faire.

[198] Dans l'arrêt *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010, le juge en chef Lamer dit ceci, à la page 1113:

Cet aspect du titre aborigène indique qu'il est possible de respecter les rapports de fiduciaire entre la Couronne et les peuples autochtones en faisant participer les peuples autochtones à la prise des décisions concernant leurs terres. Il y a toujours obligation de consultation. La question de savoir si un groupe autochtone a été consulté est pertinente pour décider si l'atteinte au titre aborigène est justifiée, au même titre que le fait pour la Couronne de ne pas consulter un groupe autochtone au sujet des conditions auxquelles des terres d'une réserve sont cédées à bail peut constituer un manquement à l'obligation de fiduciaire de celle-ci en commun law: *Guerin*.

[199] À la page 1113, le juge en chef Lamer définit également le degré de consultation nécessaire:

La nature et l'étendue de l'obligation de consultation dépendront des circonstances. Occasionnellement, lorsque le manquement est moins grave ou relativement mineur, il ne s'agira de rien de plus que la simple obligation de discuter des décisions importantes qui seront prises au sujet des terres détenues en vertu d'un titre aborigène. Évidemment, même dans les rares cas où la norme minimale acceptable est la consultation, celle-ci doit être menée de bonne foi, dans l'intention de tenir compte réellement des préoccupations des peuples autochtones dont les terres sont en jeu. Dans la plupart des cas, l'obligation exigera beaucoup plus qu'une simple consultation. Certaines situations pourraient

hunting and fishing regulations in relation to aboriginal lands.

The question then is whether there was consultation in the present case and if so, if it was of sufficient depth and detail to satisfy Canada's fiduciary duty to the Fairford Band.

#### 4.G.3. Facts

[200] As previously discussed, on September 16, 1971, a meeting was convened at Ashern, Manitoba between officials of the Department of Indian Affairs and the Fairford Band Council, and a representative of the Manitoba Indian Brotherhood, to bring the matter of the right-of-way for Provincial Trunk Highway No. 6 up to date. The minutes indicate disclosure of the fact that right-of-ways for roads had never been finalized, that total compensation had not been paid and that interest would be paid. While the minutes make it obvious that officials of the Department wanted to finalize the matter, it was left to the Band Council to decide whether to confirm the original arrangements. The minutes indicate a very complete disclosure of the circumstances to the Band Council. I quote from the minutes:

Mr. Jackson opened the meeting by explaining that the matter of right-of-ways for roads for Fairford Indian Reserve since approximately 1960 had never been finalized and that the purpose of the meeting was to bring Chief and Council up to date, if they approve Provincial plans for the public road through their reserve which would promote this issue to be finalized and completed satisfactorily. There was also the matter of settlement for lands involved in PTH #6.

Chief Anderson stated that in view of negotiations of former Councils, all of which are on file, they would uphold and approve the agreement as per the records. However, he had mentioned that he would like to know what lines of communication he should follow with regards to road maintenance since road maintenance in the past was not satisfactory to the Band and he was anxious to see that the problem was overcome.

même exiger l'obtention du consentement d'une nation autochtone, particulièrement lorsque des provinces prennent des règlements de chasse et de pêche visant des territoires autochtones.

Il s'agit donc de savoir s'il y a eu consultation en l'espèce et, dans l'affirmative, si elle était suffisamment complète et détaillée pour satisfaire à l'obligation fiduciaire que le Canada avait envers la bande de Fairford.

#### 4.G.3. Les faits

[200] Comme il en a déjà été fait mention, le 16 septembre 1971, une réunion a été tenue à Ashern (Manitoba) entre les représentants du ministère des Affaires indiennes et le conseil de la bande de Fairford, ainsi qu'un représentant de la Fraternité des Indiens du Manitoba, mettre à jour la question relative à l'emprise de la route provinciale à grande circulation n° 6. Le procès-verbal de la réunion montre que la question des emprises routières n'avait jamais été réglée, que le plein montant de l'indemnité n'avait pas été versé et que des intérêts seraient payés. Il ressort du procès-verbal que les représentants du Ministère voulaient régler l'affaire, mais qu'on laissait au conseil le soin de décider s'il allait confirmer les dispositions qui avaient initialement été prises. Le procès-verbal montre que toutes les circonstances de l'affaire ont pleinement été divulguées au conseil de la bande. Je cite le procès-verbal:

[TRADUCTION] M. Jackson a commencé la réunion en expliquant que la question des emprises routières dans la réserve indienne de Fairford, qui traînait depuis environ 1960, n'avait jamais été réglée, et que la réunion visait à mettre le chef et le conseil au courant de la situation, s'ils approuvaient les plans provinciaux concernant la construction de la voie publique dans leur réserve, ce qui permettrait de régler l'affaire et d'y mettre un terme d'une façon satisfaisante. Il a également été question du règlement relatif aux terres en cause relativement à la route provinciale à grande circulation n° 6.

Le chef Anderson a déclaré que, compte tenu des négociations qui avaient eu lieu avec les anciens conseils, dont il était fait état dans le dossier, ils confirmeraient et approuveraient l'entente conformément aux documents. Toutefois, le chef a mentionné qu'il aimerait savoir à qui s'adresser à l'égard de l'entretien de la route étant donné que par le passé, la route n'avait pas été entretenue à la satisfaction de la bande et qu'il désirait ardemment régler le problème.

...

Chief Anderson again stated that they were in agreeance [*sic*] with the terms and conditions of the road right-of-way laid out by the former Chiefs and Councils, however, again he mentioned that the Province did not uphold their end of the bargain [with regard to road maintenance].

...

Chief and Council then signed a provisional copy of plans and requested that copies of the plans be sent to them for their records.

Mr. Jackson then stated that the province had taken 5.22 more acres than originally called for in the agreement for one of the public roads leading to P.T.H. #6. It was now necessary for Chief and Council to submit a band council resolution approving the same and upon submission the province would pay the band \$500.00. Mr. Wright then suggested that on occasion, unused sections of a road could be and has been at times, returned to the former owners. Chief Anderson then stated that he would appreciate the unused section of this highway being returned to the Band. Mr. Jackson stated that he would follow this up. A band council resolution was made up and signed by the Chief and Council as noted above.

Mr. Jackson stated that band council resolution drawn up in 1960 in respect to P.T.H. #6 had been checked and if [*sic*] had been found that total compensation had not been paid by the provincial government and that the provincial government were prepared to reimburse the band including interest. Chief Anderson stated his appreciation for this information being brought to his attention and requested copies of documents pertinent to the lands utilized in the construction of highway #6 and costs paid and unpaid.

Chief and Council were made aware of the interest outstanding for a period of 10 years in the amount of \$173 calculated at the rate of 5% and that the province was prepared to pay this amount also. Chief and Council were agreeable to this.

[201] The Band Council decided to confirm the original arrangements and was satisfied with the terms of payment including interest.

[202] It was not until 1973 that Order in Council 1973-1734 which consented to the transfer of land to Manitoba for Provincial Trunk Highway No. 6 was

[. . .]

Le chef Anderson a de nouveau déclaré qu'ils souscrivaient aux conditions imposées par les anciens chefs et conseils à l'égard de l'emprise routière, mais il a de nouveau mentionné que la province n'avait pas respecté ses engagements [en ce qui concerne l'entretien de la route].

[. . .]

Le chef et le conseil ont alors signé une copie provisoire des plans et ont demandé que des copies des plans leur soient envoyées pour leurs dossiers.

M. Jackson a ensuite déclaré que la province avait pris d'autres terres d'une superficie de 5,22 acres, à part ce qui était initialement prévu dans l'entente, à l'égard de l'une des voies publiques menant à la route provinciale à grande circulation n° 6. Le chef et le conseil devaient soumettre une résolution du conseil de la bande approuvant la chose et, sur présentation, la province verserait 500 \$ à la bande. M. Wright a alors dit que des sections inutilisées d'une route pouvaient parfois être et avaient de temps en temps été retournées aux anciens propriétaires. Le chef Anderson a ensuite déclaré qu'il aimerait que la section inutilisée de cette route soit retournée à la bande. M. Jackson a déclaré qu'il assurerait le suivi. Une résolution du conseil de la bande a été préparée et signée par le chef et par le conseil comme il en a ci-dessus été fait mention.

M. Jackson a déclaré que la résolution du conseil de la bande qui avait été rédigée en 1960 à l'égard de la route provinciale à grande circulation n° 6 avait été vérifiée et qu'il avait été constaté que le gouvernement provincial n'avait pas payé le plein montant de l'indemnité et qu'il était prêt à le verser à la bande, intérêts compris. Le chef Anderson leur était reconnaissant d'avoir fourni ce renseignement et a demandé des copies des documents concernant les terres utilisées aux fins de la construction de la route n° 6, il a également demandé que des renseignements lui soient donnés au sujet des frais qui avaient été payés et de ceux qui ne l'avaient pas été.

Le chef et le conseil ont été informés que les intérêts impayés sur une période de dix ans étaient de 173 \$, au taux de 5 p. 100, et que la province était prête à payer ce montant également. Cela leur convenait.

[201] Le conseil de la bande a décidé de confirmer les dispositions qui avaient initialement été prises; les modalités de paiement, intérêts compris, lui convenaient.

[202] Ce n'est qu'en 1973 que le décret 1973-1734, autorisant le transfert des terres au Manitoba aux fins de la route provinciale à grande circulation n° 6, a été



passed. However, there is no doubt that it was the consultation in 1971 that led to the Order in Council and the payment of the balance of the purchase price for the land including interest, as the Order in Council refers to the Band Council Resolution dated September 16, 1972 (it appears that the reference to 1972 was in error and should have been 1971). I am satisfied that in the circumstances here, the consultation conducted between Indian Affairs and the Band Council accorded with the standard of consultation prescribed by *Delgamuukw*.

4.H. Did Canada breach its fiduciary duty “in failing between 1977 and 1984 to address the deficiencies in the purported 1974 compensation land transfer agreement in a timely or appropriate fashion”?

4.H.1. Facts

[203] As already detailed, the Fairford Band had been negotiating with Manitoba for compensation as a result of flooding from the operation of the Water Control Structure since 1967. These negotiations culminated in 1974 in the preparation by Manitoba of an agreement between the Band, Manitoba and Canada for the transfer of compensation land to the Fairford Band. Because of its importance, I set out the agreement *in extenso*:

WHEREAS certain lands of the Fairford Indian Reserve No. 50 (hereinafter called “the Reserve”) have been flooded from time to time due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba,

AND WHEREAS Manitoba owns certain lands adjacent to the Reserve which it is prepared to transfer to the Reserve as compensation for the loss of hay and pasture lands on the flooded Reserve lands on an acre for acre basis,

AND WHEREAS the Band has selected certain of these lands owned by Manitoba which can be added to and form part of the Reserve,

AND WHEREAS Canada and the Band are prepared to accept the transfer of certain of these lands from Manitoba

pris. Toutefois, il est certain que c’était la consultation qui avait eu lieu en 1971 qui avait entraîné le décret et le paiement du solde du prix d’achat qui était dû à l’égard des terres, intérêts compris, étant donné que le décret fait mention de la résolution du conseil de la bande du 16 septembre 1972 (il semble qu’une erreur ait été commise et qu’il s’agissait en fait de l’année 1971). Eu égard aux circonstances de l’espèce, je suis convaincu que la consultation qui a eu lieu entre les Affaires indiennes et le conseil de la bande était conforme à la norme de consultation prescrite dans l’arrêt *Delgamuukw*.

4.H. Le Canada a-t-il violé son obligation fiduciaire «en omettant, entre 1977 et 1984, de remédier aux lacunes du prétendu accord de 1974 concernant le transfert des terres de remplacement d’une façon opportune ou appropriée»?

4.H.1. Les faits

[203] Comme il en a déjà été fait mention, la bande de Fairford avait négocié avec le Manitoba la question de l’indemnité à verser par suite des inondations causées, depuis 1967, par l’exploitation de l’ouvrage de régularisation des eaux. Ces négociations ont abouti, en 1974, à la préparation par le Manitoba d’une entente entre la bande, le Manitoba et le Canada en vue du transfert des terres de remplacement à la bande de Fairford. À cause de son importance, je cite l’entente au complet:

[TRADUCTION]

ATTENDU que certaines terres de la réserve indienne de Fairford n° 50 (ci-après appelée la réserve) ont été de temps en temps inondées à cause de l’exploitation par le Manitoba de l’ouvrage de régularisation des eaux sur la rivière Fairford,

ATTENDU que le Manitoba est propriétaire de certaines terres contiguës à la réserve qu’il est prêt à transférer acre pour acre à la réserve à titre d’indemnisation par suite de la perte de champs de foin et de pâturages sur les terres inondées de la réserve,

ATTENDU que la bande a choisi certaines des terres appartenant au Manitoba qui peuvent être ajoutées à la réserve et en faire partie,

ATTENDU que le Canada et la bande sont prêts à accepter le transfert de certaines des terres du Manitoba à la

to the Reserve and subject to the terms and conditions as hereinafter provided,

NOW, THEREFOR, the parties hereto agree as follows:

1. That subject to the provisions of The Crown Lands Act, being Cap. C 340 of the Statutes of Manitoba, Manitoba shall transfer or cause to be transferred to Canada for the Reserve the lands more particularly described in Schedule "A" which is attached hereto and forms part of this Agreement, comprising a total of 5,651.37 acres (hereinafter called "the transferred lands") which are outlined in red on the map which is attached hereto as Schedule "B" and forms part of this Agreement.

2. That in consideration of the fact that the transferred lands represent a total acreage less than that required to meet the agreed 6,000 acre addition and transfer to the Reserve, Manitoba shall provide the Band in lieu thereof with

- (a) 190 acres of developed acreage as part of the transferred lands, made up of 150 acres within the W½ 10-30-9W and S.W.¼ 12-30-9W which are suitable for the production of hay and made up of 40 acres within N.E.¼ 10-30-9W which are cultivated and suitable for hay or annual crops,
- (b) a survey to establish the southern boundary of the transferred lands for fencing,
- (c) funds for constructing not more than five and one-half (5½) miles of boundary fencing on a portion of the west side of the transferred lands, and
- (d) transportation of livestock from flooded Reserve lands to safe pasture areas.

3. That Manitoba shall provide cattlemen on the Reserve who are members of the Band with sufficient hay supply to feed those cattle held on the Reserve during the 1974-1975 winter feeding period, but the amount of feed provided shall not exceed an amount of hay equal to that which may have been lost due to flooding of the Reserve lands by the operation of the Fairford River water control structure.

4. That the Band shall continue to recognize the interests of Harold Moar and Gordon and Douglas Sanderson and other residents who are not members of the Band but who occupy premises on the transferred lands as shown on Schedule "B" hereto, under General Permits from Manitoba which will be terminated, and the Band hereby agrees that

réserve sous réserve des conditions ci-après énoncées,

À CES CAUSES, les parties aux présentes conviennent des dispositions suivantes:

1. Sous réserve des dispositions de The Crown Lands Act, ch. 340 des Statuts du Manitoba, le Manitoba transférera ou fera en sorte que soient transférées au Canada pour le compte de la réserve les terres plus précisément décrites à l'annexe «A», qui est jointe à l'accord et en fait partie, d'une superficie totale de 5 651,37 acres (ci-après appelées les terres transférées), délimitées en rouge sur la carte qui est jointe à l'annexe «B» de l'accord et en fait partie.

2. Étant donné que la superficie totale des terres transférées est inférieure à la superficie nécessaire en vue de satisfaire à l'exigence selon laquelle des terres additionnelles d'une superficie convenue de 6 000 acres doivent être transférées à la réserve, le Manitoba:

- a) remettra un terrain aménagé d'une superficie de 190 acres, qui doit faire partie des terres transférées, lequel est composé, dans les secteurs O.1/2 10-30-90. et S.O. 1/4 12-30-90., d'une parcelle de 150 acres se prêtant à la production de foin et, dans le secteur N.E.1/4 10-30-90., d'une parcelle de 40 acres qui est cultivée et se prête à la production de foin ou de récoltes annuelles,
- b) fera exécuter des travaux d'arpentage destinés à établir la limite sud des terres transférées aux fins de l'installation d'une clôture,
- c) fournira des fonds en vue de l'installation de clôtures de délimitation extérieure sur une distance d'au plus cinq milles et demi (5 1/2) dans une partie située du côté ouest des terres transférées, et
- d) assurera le transport des animaux des terres de la réserve qui sont inondées jusqu'à des pâturages sûrs.

3. Le Manitoba fournira aux bouviers de la réserve qui sont membres de la bande une quantité suffisante de foin pour alimenter le bétail se trouvant dans la réserve pendant la période hivernale d'alimentation 1974-1975, mais la quantité d'aliments fournis ne doit pas excéder une quantité de foin égale à celle qui peut avoir été perdue en raison de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford.

4. La bande continuera à reconnaître les droits de Harold Moar ainsi que de Gordon et de Douglas Sanderson et des autres résidents qui ne sont pas membres de la bande, et qui occupent les terres transférées, comme le montre l'annexe «B» des présentes, en vertu de permis généraux du Manitoba qui seront annulés, et la bande convient par les

the Reserve shall enter into similar lease arrangements with these occupiers to permit continued access, occupation, and enjoyment of their premises and the use of such services as hydro, telephone and access roads.

5. That the flooded Reserve lands shall remain as part of the Reserve.

6. That the Band and Canada hereby release and forever discharge Manitoba from all manner of actions, claims, demands, suits, debts, accounts, damages, costs and liabilities of every nature and kind whatsoever which they or either of them now have or hereafter may have, and whether not known or anticipated, and howsoever arising out of or from the flooding of the Reserve lands due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba, and the Band and Canada further agree to indemnify and save harmless Manitoba from and against any and all claims, demands, suits or actions whatsoever arising out of or from the flooding of the Reserve lands due to the operation of the Fairford River water control structure by Manitoba.

7. That the parties shall co-operate with each other in providing whatever documents and initiatives are necessary to carry out and complete this Agreement.

8. That Manitoba shall prepare the necessary documentation for a proper disposition of these transferred lands under The Crown Lands Act and when a fully executed Transfer of Land is forthcoming under the Act, Manitoba shall forward this Transfer to the Band and Canada for completion and for registration in the Winnipeg Land Titles Office.

IN WITNESS WHEREOF the Honourable the Minister of Indian Affairs and Northern Development, for and on behalf of Her Majesty the Queen in Right of Canada, has hereunto set his hand and affixed the seal of his Department, and the Chief and Council of The Band of the Fairford Indian Reserve No. 50, for and on behalf of the Reserve, have hereunto set their hands and seals, and the Honourable the Minister of Agriculture, for and on behalf of Her Majesty the Queen in Right of the Province of Manitoba, has hereunto set his hand and affixed the seal of his Department on the day and year first above written.

On or about October 28, 1974, the Chief and Council of the Band signed the agreement.

[204] Apparently, Manitoba was having difficulty assembling all the compensation land. For this reason, and perhaps others, Manitoba did not consent to the agreement until late 1976. On December 29, 1976,

présentes que la réserve conclura des baux similaires avec ces occupants en vue de leur permettre de continuer à accéder à leurs terres, de les occuper et de les utiliser ainsi qu'en vue de leur permettre d'utiliser des services tels que les services d'électricité et les services téléphoniques et d'emprunter les chemins d'accès.

5. Les terres de la réserve qui ont été inondées continueront à faire partie de la réserve.

6. La bande et le Canada libèrent et déchargent par les présentes le Manitoba des actions, demandes, poursuites, dettes, comptes, dommages-intérêts, coûts et responsabilités de quelque nature qu'ils soient, qu'ils peuvent ou pourront faire valoir, ensemble ou séparément, et ce, que ceux-ci soient connus ou prévus ou non, en raison de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford par le Manitoba, et ils s'engagent en outre à indemniser le Manitoba de toute demande, poursuite ou action, quelle qu'elle soit, découlant de l'inondation des terres de la réserve causée par l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux de la rivière Fairford par le Manitoba.

7. Les parties collaboreront l'une avec l'autre en vue de fournir tout document ou de prendre toute initiative nécessaires en vue d'assurer la conclusion de l'accord.

8. Le Manitoba préparera les documents nécessaires aux fins d'une aliénation en bonne et due forme des terres qui sont transférées en vertu de The Crown Lands Act, et lorsqu'un acte de transfert dûment signé aura été établi en vertu de la Loi, il transmettra cet acte à la bande et au Canada pour conclusion et enregistrement au bureau d'enregistrement immobilier de Winnipeg.

EN FOI DE QUOI le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef du Canada, a apposé sa signature ainsi que le sceau de son ministère, le chef et le conseil de la bande de la réserve indienne de Fairford n° 50, pour le compte de la réserve, ont apposé leurs signatures et leurs sceaux, et le ministre de l'Agriculture, pour le compte de Sa Majesté la Reine du chef du Manitoba, a apposé sa signature ainsi que le sceau de son ministère à la date susmentionnée.

Vers le 28 octobre 1974, le chef et le conseil de la bande ont signé l'accord.

[204] Apparemment, le Manitoba a eu de la difficulté à réunir toutes les terres de remplacement. C'est pour cette raison, et peut-être pour d'autres, qu'il n'a consenti à l'accord qu'à la fin de 1976. Le 29 décem-

Manitoba enacted order in council 1398/76 providing for the execution of the agreement.

[205] On January 14, 1977, Manitoba provided Canada with copies of the agreement signed by the Band (but not yet by Manitoba) and requested that it be signed by Canada.

[206] The compensation land was not transferred to reserve status until 1992. While the plaintiffs complain of the entire delay between 1977 and 1992, they breakdown the delay into two periods, one from 1977, when Manitoba was prepared to proceed, until 1984, and then from 1984 onwards. It is the period between 1977 and 1984 that is dealt with here.

[207] As soon as the 1974 compensation agreement was provided to Canada, Canada recognized that there were difficulties with it. As the subject-matter was the transfer of land to an Indian reserve, title to such land had to be held by Her Majesty in right of Canada. (See subsection 18(1) and the definition of “reserve” in subsection 2(1) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1]<sup>19</sup> of the *Indian Act*.) Canada was of the view that the compensation agreement was not workable with the Fairford Band being a party to it. On May 17, 1978, government lawyer J. B. Beckett wrote an opinion to the effect that a federal order in council under section 35 of the *Indian Act* would be required in order to permit flooding of reserve land and that the agreement was inadequate for this purpose. He also advised that the indemnification of Manitoba by Canada would require an Act of Parliament.

[208] In September 1978, Canada determined that the agreement included lands which were already reserve lands and requested an amended order in council from Manitoba.

[209] On March 8, 1979, the Chief and Council of the Fairford Band wrote to the Minister of Indian Affairs and Northern Development asking that the transfer of the compensation land to the Reserve be completed so that Band members could proceed to occupy and develop the land.

bre 1976, il a pris le décret 1398-76 prévoyant la signature de l'accord.

[205] Le 14 janvier 1977, le Manitoba a remis au Canada des copies de l'accord, signées par la bande (mais pas encore par le Manitoba), et lui a demandé de les signer.

[206] Les terres de remplacement ne sont devenues des terres de la réserve qu'en 1992. Les demandeurs se plaignent du retard, entre 1977 et 1992, mais ils divisent cette période en deux autres périodes, l'une commençant en 1977, lorsque le Manitoba était prêt à aller de l'avant, et se terminant en 1984, et l'autre allant de 1984 jusqu'à maintenant. Le présent litige porte sur la période allant de 1977 à 1984.

[207] Dès que l'accord d'indemnisation de 1974 lui a été remis, le Canada a reconnu l'existence de certains problèmes. Étant donné que l'accord visait le transfert de terres à une réserve indienne, le titre relatif à ces terres devait être détenu par Sa Majesté la Reine du chef du Canada. (Voir le paragraphe 18(1) et la définition de «réserve» figurant au paragraphe 2(1)<sup>19</sup> [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1] de la *Loi sur les Indiens*.) Le Canada estimait que l'accord d'indemnisation n'était pas exécutable si la bande de Fairford en était partie. Le 17 mai 1978, l'avocat du gouvernement, J. B. Beckett, a déclaré, dans un avis écrit, qu'il fallait prendre un décret fédéral en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* afin de permettre l'inondation des terres de la réserve et que l'accord était inadéquat à cette fin. Il a également exprimé l'avis selon lequel l'indemnisation du Manitoba par le Canada nécessiterait l'adoption d'une loi fédérale.

[208] En septembre 1978, le Canada a conclu que l'accord visait des terres qui faisaient déjà partie de la réserve et a demandé au Manitoba de prendre un décret modificateur.

[209] Le 8 mars 1979, le chef et le conseil de la bande de Fairford ont écrit au ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien pour demander que les terres de remplacement soient transférées à la réserve de façon que les membres de la bande puissent les occuper et les aménager.

[210] On June 12, 1979, Canada advised Manitoba that the compensation agreement was unacceptable, that it would have to be embodied in a provincial order in council and that the Fairford Band could not be a party. It was pointed out that without a federal order in council under section 35 of the *Indian Act*, flooding of Reserve land could not be permitted and that the indemnity sought by Manitoba would require an Act of Parliament. The letter states that Indian Affairs did not disagree with the conditions of the agreement and that the only objection was with respect to procedure. In this respect, the letter is somewhat ambiguous in that it does not propose a federal order in council authorizing flooding of the Reserve or an Act of Parliament.

[211] Almost one year elapsed before Manitoba responded to the June 12, 1979 letter. It appears there was at least one meeting between federal and provincial lawyers in the spring of 1980 on the matter.

[212] In a letter dated May 6, 1980 from I. D. Frost of the Manitoba Department of the Attorney General to C. Henderson of the federal Department of Justice, Frost points out that section 35 of the *Indian Act* and indemnity difficulties referred to in the June 12, 1979 letter did not preclude compensation agreements covering these issues being completed with respect to the Little Saskatchewan or Lake St. Martin Bands. Manitoba appears to have taken the position that it would be satisfied with the agreement signed by Canada in so far as the issue of flooding of the Reserve and indemnity by Canada were concerned.

[213] For some reason, there was no response to this letter until November 26, 1981. The correspondence from Manitoba to Indian Affairs over this eighteen-month period evidences Manitoba's frustration over the federal Justice Department's delay in dealing with the matter. The November 26, 1981 letter reiterates the position Canada took in its June 12, 1979 letter. Again, the letter is ambiguous and while the need for section 35 of the *Indian Act* authority for flooding and an Act of Parliament authorizing indemnity from Canada are mentioned, there is no suggestion as to

[210] Le 12 juin 1979, le Canada a informé le Manitoba que l'accord d'indemnisation était inacceptable, qu'il devrait être incorporé dans un décret provincial et que la bande de Fairford ne pouvait pas être partie à l'accord. Il a été signalé qu'en l'absence d'un décret fédéral pris en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, l'inondation des terres de la réserve ne pouvait pas être autorisée et que l'indemnité demandée par le Manitoba nécessitait l'adoption d'une loi fédérale. La lettre dit que les Affaires indiennes acceptent les conditions de l'accord et que le ministère s'oppose uniquement à la procédure suivie. À cet égard, la lettre est plutôt ambiguë en ce sens qu'elle ne propose pas l'adoption d'un décret fédéral autorisant l'inondation des terres de la réserve ou l'adoption d'une loi fédérale.

[211] Près d'un an s'est écoulé avant que le Manitoba réponde à la lettre du 12 juin 1979. Il semble que des avocats du gouvernement fédéral et des avocats du gouvernement provincial se soient rencontrés au moins une fois au printemps 1980 pour examiner la question.

[212] Dans une lettre datée du 6 mai 1980, adressée à C. Henderson, du ministère fédéral de la Justice, I. D. Frost, du ministère du procureur général du Manitoba, signale que l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* et les problèmes d'indemnisation mentionnés dans la lettre du 12 juin 1979 n'empêchaient pas la conclusion d'accords d'indemnisation portant sur ces questions à l'égard des bandes de Little Saskatchewan ou du lac St-Martin. Le Manitoba paraît avoir pris la position selon laquelle l'accord signé par le Canada le satisfierait en ce qui concerne la question de l'inondation de la réserve et de l'indemnisation par le Canada.

[213] Pour une raison ou une autre, on a répondu à cette lettre le 26 novembre 1981 seulement. Les lettres que le Manitoba a envoyées aux Affaires indiennes au cours de cette période de 18 mois montrent jusqu'à quel point le temps que mettait le ministère fédéral de la Justice à examiner l'affaire frustrait le Manitoba. Dans sa lettre du 26 novembre 1981, le Canada réitère la position qu'il avait prise dans sa lettre du 12 juin 1979. Cette lettre est elle aussi ambiguë et bien que la nécessité de se fonder sur l'article 35 de la *Loi sur les Indiens* relativement à la question de l'inondation et

how Canada proposed to deal with these issues.

[214] There was then further delay. A meeting was held between provincial and federal officials on November 23, 1982 at which some type of agreement as to how to proceed appears to have been reached. What that agreement was is not entirely clear from the evidence. There then followed a period of some 15 months in which correspondence between Canada and Manitoba was exchanged. Finally, on February 1, 1984 the Director, Reserves and Trusts, Manitoba Region, Indian and Inuit Affairs recommended to the Director General of Reserves and Trusts, Ottawa, that Canada enact the necessary order in council to accept the compensation land and grant the Province use of Reserve land for flooding. No reference is made to the indemnity which the Beckett legal opinion had said required an Act of Parliament. Nor is there any indication of the description of the land that Manitoba was to be authorized to flood.

[215] By the end of March 1984, a submission to the Governor in Council had been prepared; however, it appeared that there was a substantial backlog of submissions to the Governor in Council and there would be a further delay. Indeed, nothing further was done to complete the transfer of compensation land to reserve status.

[216] In September 1984, Jim Gallo, Land Entitlement Adviser, Indian and Inuit Affairs, Manitoba Region of the Department of Indian Affairs and Northern Development, became involved and set a new direction for negotiations between Canada and Manitoba. This will be dealt with under issue 4.J.

#### 4.H.2. Fiduciary Duty Analysis

[217] I accept Canada's argument that the delay through the 1977 to 1984 period is not solely attributable to Canada and that there was some consultation with the Fairford Band. Clearly, Manitoba took considerable time before responding to concerns raised

d'édicter une loi fédérale autorisant l'octroi d'une indemnité par le Canada soit mentionnée, la façon dont le Canada se proposait de régler ces questions n'est pas précisée.

[214] Il y a ensuite eu des retards additionnels. Les représentants provinciaux et les représentants fédéraux se sont rencontrés le 23 novembre 1982, et ils paraissent s'être entendus sur la procédure à suivre. La preuve ne montre pas clairement quelle était exactement l'entente. Il y a ensuite eu une période d'environ 15 mois au cours de laquelle le Canada et le Manitoba ont échangé des lettres. Enfin, le 1<sup>er</sup> février 1984, le directeur, Réserves et fidéicommis, région du Manitoba, Affaires indiennes et inuit, a recommandé au directeur général, Réserves et fidéicommis, Ottawa, que le Canada prenne le décret nécessaire en vue d'accepter les terres de remplacement et de permettre à la province d'utiliser les terres de la réserve en vue de les inonder. Il n'est pas fait mention de l'indemnité qui, selon l'avis juridique exprimé par M. Beckett, devait être approuvée au moyen d'une loi fédérale. De plus, les terres que le Manitoba était autorisé à inonder ne sont pas décrites.

[215] À la fin du mois de mars 1984, un rapport au gouverneur en conseil avait été préparé; toutefois, il paraît y avoir eu un gros arriéré, qui causerait encore du retard. De fait, on n'a pris aucune autre mesure en vue de mener à bonne fin le transfert à la réserve des terres de remplacement.

[216] En septembre 1984, Jim Gallo, conseiller en droits fonciers, Affaires indiennes et inuit, région du Manitoba, ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien, a commencé à s'occuper de l'affaire et a donné une nouvelle orientation aux négociations qui avaient lieu entre le Canada et le Manitoba. Il en sera question dans la section 4.J.

#### 4.H.2. Analyse de l'obligation fiduciaire

[217] Je retiens l'argument du Canada selon lequel le retard qu'il y a eu, entre 1977 et 1984, n'était pas uniquement attribuable au Canada et que la bande de Fairford avait dans une certaine mesure été consultée. À coup sûr, le Manitoba a tardé à répondre aux

by Canada in its letter of June 12, 1979. The correspondence indicates that the Chief of the Fairford Band was advised periodically of discussions between Canada and Manitoba.

[218] At the same time, I am satisfied that the prime cause of the delay rested with Canada and the delay was unjustified. Canada proceeded very slowly, to say the least, in its analysis of the situation and in its steps to move the matter forward. The correspondence indicates some degree of confusion amongst officials of the Indian Affairs Branch with respect to exactly what was required to finalize the transaction. It is not clear how Canada could propose an order in council authorizing Manitoba to flood reserve land when there was no description of that land in the agreement with Manitoba and what steps, if any, could be taken respecting the indemnity sought from Canada.

[219] In any event, Canada did not ratify the compensation agreement and by September 1984, there had been no progress from where the transaction stood when Canada was asked to ratify it in 1977. In a letter from Mr. Gallo to Manitoba dated September 18, 1984, Mr. Gallo, correctly in my view, describes the compensation agreement matter as "in a state of total and utter disarray".

[220] I think that when Canada received the compensation agreement from Manitoba in early 1977, it assumed a role as a fiduciary in relation to the Band. Indeed, it was Canada's position that the Band could not be a party to the agreement. It was Canada that had the unilateral authority to ratify the agreement. The usual circumstance in which Canada has been found to act in the role of a fiduciary is with respect to the surrender of reserve land. What gives rise to the fiduciary duty is the discretion vested in Canada to deal with surrendered land and the vulnerable position of the Indian band once it has surrendered the land. The same conditions apply when land is to become part of an Indian reserve. The legal title to the land is to be vested in Her Majesty in right of Canada and the land is to be set apart by Her Majesty for the use and benefit of a band of Indians. Her Majesty must agree

préoccupations que le Canada avait exprimées dans sa lettre du 12 juin 1979. Cependant, la correspondance montre que le chef de la bande de Fairford était périodiquement tenu au courant des discussions qui avaient lieu entre le Canada et le Manitoba.

[218] En même temps, je suis convaincu que le retard était principalement attribuable au Canada et qu'il était injustifié. Le Canada a pour le moins été fort lent à agir, lorsqu'il s'est agi d'analyser la situation et de prendre des mesures en vue de faire avancer l'affaire. La correspondance montre qu'il y avait un certain degré de confusion parmi les fonctionnaires de la Division des affaires indiennes au sujet de ce qu'il fallait faire pour mettre un terme à l'opération. On ne sait pas trop comment le Canada pouvait proposer l'adoption d'un décret autorisant le Manitoba à inonder les terres de la réserve alors que l'accord conclu avec le Manitoba ne décrivait pas ces terres et ne précisait pas les mesures, le cas échéant, qui pouvaient être prises à l'égard de l'indemnité demandée.

[219] Quoi qu'il en soit, le Canada n'a pas ratifié l'accord d'indemnisation et, en septembre 1984, aucun progrès n'avait été fait depuis le moment où l'on avait demandé au Canada de ratifier l'accord, en 1977. Dans une lettre au Manitoba datée du 18 septembre 1984, M. Gallo décrit, correctement à mon avis, la question de l'accord d'indemnisation comme étant [TRADUCTION] «dans un état de confusion totale».

[220] Je crois que lorsque le Canada a reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba au début de 1977, il a assumé un rôle de fiduciaire à l'égard de la bande. De fait, le Canada a pris la position selon laquelle la bande ne pouvait pas être partie à l'accord. C'était le Canada qui avait le pouvoir unilatéral de ratifier l'accord. Les circonstances habituelles dans lesquelles le Canada s'est trouvé à agir à titre de fiduciaire se rapportent à la cession de terres de la réserve. C'est le pouvoir discrétionnaire dévolu au Canada de s'occuper des terres cédées et de remédier à la vulnérabilité de la bande indienne, une fois qu'il a cédé les terres, qui donne naissance à l'obligation fiduciaire. Les mêmes conditions s'appliquent lorsque des terres doivent être ajoutées à une réserve indienne. Le titre légal relatif aux terres doit être dévolu à Sa Majesté la Reine du chef du Canada et les terres doivent être mises de côté

to take title to the land on specified terms and conditions. Once the band of Indians asks that the land become part of the reserve and places the matter in Canada's hands, it becomes completely vulnerable. It is reliant on Canada to agree with the party providing the land as to the terms upon which the land is provided and to carry out the transaction. As with surrendered land, when land is to become part of a reserve, the Crown is interposed between the party providing the land and the Indian band to protect the band from making an improvident transaction. Because the transaction involves land that is to become Reserve land, the Crown's obligation to the Band is not a public law duty but is in the nature of a private law duty (*Guerin, supra*, at page 385). Accordingly, I conclude that Canada acts in a fiduciary capacity with respect to the Indian band in such circumstances.

[221] A fiduciary must deal with the property he is entrusted to look after as if it was his own. The fiduciary must act with reasonable skill and diligence. Generally, I think that must include acting in a timely manner. See *Alexander Band No. 134 v. Canada (Minister of Indian Affairs and Northern Development)*, [1991] 2 F.C. 3 (T.D.), at page 15, *per* Strayer J. (as he then was).

[222] Canada did not act in a timely manner after it received the compensation agreement from Manitoba in 1977.

[223] The complicating factor in this case, however, is that, as will be explained, the 1974 compensation agreement was an improvident transaction from the Band's perspective. In exchange for 5771.91 acres of land, the Band was prepared to release Manitoba from any further claims and from any restriction on the operation of the Water Control Structure, irrespective of the extent of flooding that might result. While Canada is responsible for delay, it was to the Band's benefit that Canada did not ratify the agreement.

[224] The issue then is whether, in not ratifying an improvident transaction to which the Band was

par Sa Majesté à l'usage et au profit de la bande indienne. Sa Majesté doit consentir à détenir le titre à des conditions précises. Une fois que la bande indienne demande que les terres fassent partie de la réserve et qu'elle s'en remet au Canada, elle devient complètement vulnérable. Elle compte sur le Canada pour convenir avec la partie qui remet les terres des conditions auxquelles les terres sont remises et pour conclure l'opération. Comme dans le cas d'une cession, lorsque des terres doivent être ajoutées à une réserve, la Couronne s'interpose entre la partie qui remet les terres et la bande indienne, et doit protéger la bande contre une opération imprévoyante. Étant donné que l'opération se rapporte à des terres qui doivent être ajoutées à celles de la réserve, la Couronne n'a pas envers la bande une obligation de droit public, mais une obligation de la nature d'une obligation de droit privé (*Guerin*, précité, à la page 385). Je conclus donc qu'en pareil cas, le Canada agit en sa qualité de fiduciaire à l'égard de la bande indienne.

[221] Le fiduciaire doit s'occuper du bien qui lui est confié comme s'il lui appartenait. Il doit agir avec une compétence et une diligence raisonnables. En général, je crois qu'il doit entre autres agir en temps opportun. Voir *Bande Alexander (n° 134) c. Canada (Ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1991] 2 C.F. 3 (1<sup>re</sup> inst.), à la page 15, juge Strayer (tel était alors son titre).

[222] Le Canada n'a pas agi en temps opportun après avoir reçu l'accord d'indemnisation du Manitoba en 1977.

[223] Toutefois, un facteur vient compliquer l'affaire; comme je l'expliquerai ci-dessous, l'accord d'indemnisation de 1974 était une opération déraisonnable pour la bande. En échange de terres d'une superficie de 5 771,91 acres, la bande était prête à libérer le Manitoba de toute autre demande et à lui permettre, sans restriction aucune, d'exploiter l'ouvrage de régularisation des eaux, et ce, quelle que soit l'étendue des inondations possibles. Le Canada est responsable du retard, mais c'est au profit de la bande qu'il n'a pas ratifié l'accord.

[224] Il s'agit donc de savoir si, en ne ratifiant pas une opération déraisonnable à laquelle la bande était



prepared to agree, Canada is saved from a finding of breach of fiduciary duty on account of delay. I do not think so. The facts demonstrate confusion on the part of those responsible as to what was required of Canada. Canada's letters to Manitoba were ambiguous, evidencing this confusion.

[225] In March 1984, Canada agreed to provide an order in council under section 35 granting Manitoba use of the Reserve for flooding. However, there is no indication of the amount of Reserve land that was involved. Nor is there any indication of how and whether Canada was prepared to deal with the indemnity that the agreement required of Canada.

[226] Canada may have been liable for breach of a fiduciary duty if it had proceeded to ratify an improvident transaction. However, Canada is not free of fiduciary liability because it delayed in ratifying the transaction. That is because the delay is not related to the improvidence of the transaction. Canada seems to have been willing to go along with the agreement. The delay was attributable to confusion on the part of Canada as to how to proceed.

[227] The duty of a fiduciary relates to the discretion that is to be exercised. That must include assessing the merits of the agreement from the point of view of the Indian band. What Canada was required to do was to determine, in a timely manner, what, if anything, was improvident in the compensation agreement and advise the Fairford Band. That is the reason for Canada's role as a fiduciary, interposed between the third party (Manitoba) and the Fairford Band. As Isaac C.J. stated at page 25 of *Semiahmoo*, *supra*:

I should emphasize that the Crown's fiduciary obligation is to withhold its own consent to surrender where the transaction is exploitative. In order to fulfil this obligation, the Crown itself is obliged to scrutinize the proposed transaction to ensure that it is not an exploitative bargain. As a fiduciary, the Crown must be held to a strict standard of conduct. [Second underlining mine.]

prête à consentir, le Canada est protégé contre toute conclusion selon laquelle il a violé son obligation fiduciaire en tardant à agir. Je ne le crois pas. Les faits montrent que la confusion régnait parmi les responsables, en ce qui concerne la question de savoir ce que le Canada devait faire. Les lettres du Canada au Manitoba étaient ambiguës et montraient qu'il y avait confusion.

[225] En mars 1984, le Canada a convenu de prendre, en vertu de l'article 35, un décret autorisant le Manitoba à utiliser les terres de la réserve pour les inonder. Toutefois, rien ne montre quelle était la superficie des terres en cause. De plus, rien ne montre de quelle façon le Canada était prêt à régler la question de l'indemnité qu'il devait verser en vertu de l'accord et s'il était prêt à le faire.

[226] Le Canada aurait peut-être violé une obligation fiduciaire s'il avait ratifié une opération déraisonnable. Toutefois, il n'est pas libéré de cette obligation du simple fait qu'il a tardé à ratifier l'opération, et ce, parce que le retard n'a rien à voir avec le caractère déraisonnable de l'opération. Le Canada semble avoir été prêt à consentir à l'accord. Le retard était attribuable à la confusion qui régnait au sujet de la procédure à suivre.

[227] L'obligation d'un fiduciaire est liée au pouvoir discrétionnaire qui doit être exercé. Cela doit comprendre l'évaluation du bien-fondé de l'accord du point de vue de la bande indienne. Le Canada était tenu de déterminer, en temps opportun, ce qui était déraisonnable, le cas échéant, dans l'accord d'indemnisation et d'informer la bande de Fairford de la chose. Telle est la raison pour laquelle le Canada agissait à titre de fiduciaire et s'interposait entre les tiers (le Manitoba) et la bande de Fairford. Comme le juge en chef Isaac, de cette Cour, l'a dit à la page 25 de l'arrêt *Semiahmoo*, précité:

Je dois souligner qu'en vertu de son obligation fiduciaire, la Couronne est tenue de refuser de consentir à la cession si l'opération est abusive. Afin de satisfaire à cette obligation, la Couronne elle-même doit examiner avec soin l'opération envisagée afin de s'assurer qu'elle n'est pas abusive. En sa qualité de fiduciaire, la Couronne doit se conformer à une norme de conduite stricte. [C'est moi qui a fait le second soulignement.]

[228] Of course, had Canada acted in a timely manner, it is not known whether Manitoba would have agreed to a transaction that was not improvident from the point of view of the Band. However, this does not absolve Canada from liability for delay. In *Guerin*, *supra*, Dickson J. states at page 388:

When the promised lease proved impossible to obtain, the Crown, instead of proceeding to lease the land on different, unfavourable terms, should have returned to the Band to explain what had occurred and seek the Band's counsel on how to proceed.

That was the obligation on Canada in this case. In a timely manner, it should have determined that the compensation agreement was not acceptable, explained its reasons to the Band and sought instructions as to how to proceed. In not doing so, Canada breached its fiduciary duty to the Band.

[229] It is difficult to determine exactly when the breach occurred and its duration. I think the breach must have occurred when Canada's delay in dealing with the agreement became unreasonable. The matter was complex and certainly sometime had to be allowed for Canada to assess the transaction and decide on a course of action. Canada was presented with the agreement in January 1977. The first serious legal analysis is reflected in the J. B. Beckett opinion of May 1978. It had been requested on December 1, 1977. There is no explanation as to why it took over ten months to request the legal opinion and why the legal opinion took approximately six months to be delivered. I cannot see why, at least by the end of 1977, Canada should not have realized that in order to grant Manitoba use of Reserve land for flooding, that the relevant land would have to be described and that a definitive decision would have to be taken as to whether Canada was to provide the indemnity sought by Manitoba and if so, the means of providing such indemnity.

[230] In my view, Canada was in breach of its fiduciary duty to the Fairford Band commencing at the beginning of 1978 in respect of not exercising its

[228] Bien sûr, si le Canada avait agi en temps opportun, le Manitoba n'aurait peut-être pas consenti à une opération qui n'était pas déraisonnable pour la bande. Toutefois, cela n'absout pas le Canada de sa responsabilité. Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson dit ceci, à la page 388:

Lorsqu'il s'est révélé impossible d'obtenir le bail promis, Sa Majesté, au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, aurait dû retourner devant la bande pour lui expliquer ce qui s'était passé et demander son avis sur ce qu'il lui fallait faire.

Telle était l'obligation du Canada en l'espèce. Le Canada aurait dû décider en temps opportun que l'accord d'indemnisation n'était pas acceptable; il aurait dû expliquer ses raisons à la bande et lui demander des instructions au sujet de ce qu'il fallait faire. En omettant de le faire, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande.

[229] Il est difficile de savoir exactement à quel moment la violation a eu lieu et pendant combien de temps. Je crois que la violation doit avoir été commise lorsque le retard est devenu déraisonnable. L'affaire était complexe et il fallait certainement accorder au Canada le temps nécessaire pour évaluer l'opération et décider des mesures à prendre. L'accord a été présenté au Canada en janvier 1977. La première analyse juridique sérieuse a été faite par J. B. Beckett dans l'avis qu'il a exprimé en mai 1978. L'analyse avait été demandée le 1<sup>er</sup> décembre 1977. Aucune explication n'a été donnée au sujet de la raison pour laquelle il avait fallu plus de dix mois pour demander l'avis juridique et pourquoi il a fallu environ six mois pour que l'avis soit donné. Je ne puis voir pourquoi le Canada n'aurait pas dû se rendre compte, du moins avant la fin de l'année 1977, que, pour autoriser le Manitoba à utiliser les terres de la réserve afin de les inonder, il faudrait décrire ces terres et prendre une décision finale au sujet de la question de savoir si l'indemnité demandée par le Manitoba devait être accordée et, dans l'affirmative, déterminer les modalités d'indemnisation.

[230] À mon avis, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford à compter du début de l'année 1978, du fait qu'il n'a

discretion with respect to the compensation agreement based upon a sound analysis of its deficiencies and in not so, advising the Fairford Band and seeking instructions. Between the beginning of 1978 and the time that Mr. Gallo took over the file in September 1984, there was no progress on these issues, little or no advice given to the Band as to the deficiencies of the agreement and no discussion with the Band as to how the matter should proceed. This period of over six and one half years constituted a period of unreasonable delay during which there was no adequate consultation with the Band. I have acknowledged that Manitoba was responsible for some delay over the elapsed period but that was minimal as compared to the delay caused by Canada. Over this period I find that Canada was in breach of its fiduciary duty to the Fairford Band in failing to competently address the deficiencies of the compensation agreement in a timely manner and in failing to consult with the Band once the deficiencies should have been discovered to determine a course of action to be taken.

Editor's Note (replacing  
paras. 231-277)

*At issue was whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in failing between 1977 and 1991 to address the problems resulting from the incomplete transfer of the 1974 compensation lands to reserve status while at the same time encouraging Indian settlement on the said lands. After addressing the question of the difficulties and loss and damage alleged by the plaintiffs, His Lordship concluded that the non-reserve status of the compensation land caused the Band and its members some administrative difficulty. However, the difficulties identified by the plaintiffs either did not give rise to specific loss or damage or were addressed by the Crown. Also deleted are the facts relating the question of whether the Crown breached its fiduciary duty to the Fairford Band in actively negotiating with the Province of Manitoba from 1984 to 1991 in respect of compensation for the adverse effects of*

pas exercé son pouvoir discrétionnaire à l'égard de l'accord d'indemnisation en se fondant sur une analyse réfléchie de ses lacunes, qu'il n'a pas informé la bande de Fairford des lacunes et qu'il ne lui a pas demandé d'instructions. Entre le début de l'année 1978 et le moment où M. Gallo a pris en main le dossier, en septembre 1984, aucun progrès n'a été fait à l'égard de ces questions, la bande n'a pas été conseillée au sujet des lacunes de l'accord ou fort peu de conseils lui ont été donnés à ce sujet, et il n'y a pas eu de discussions avec la bande au sujet de ce qu'il fallait faire. Étant donné que la bande n'a pas été adéquatement consultée pendant plus de six ans et demi, le retard est déraisonnable. J'ai reconnu que le Manitoba était en partie responsable du retard, mais le retard qui lui est attribuable est minime comparativement au retard occasionné par le Canada. Je conclus que, pendant cette période, le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford en omettant de remédier d'une façon compétente aux lacunes de l'accord d'indemnisation en temps opportun et en omettant, une fois que les lacunes auraient dû être découvertes, de consulter la bande en vue de déterminer les mesures à prendre.

Note de l'arrêtiste (remplaçant  
les par. 231 à 277)

*Il s'agissait de savoir si la Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en omettant, entre 1977 et 1991, de remédier aux problèmes découlant du transfert incomplet des terres de remplacement visées par l'accord d'indemnisation de 1974 de façon qu'elles fassent partie de la réserve, tout en encourageant les Indiens à s'établir sur lesdites terres. Après avoir examiné les problèmes qui s'étaient posés ainsi que la perte et le préjudice allégués par les demandeurs, le juge a conclu que le fait que les terres de remplacement ne faisaient pas partie de la réserve avait causé des problèmes administratifs à la bande et à ses membres. Toutefois, les problèmes mentionnés par les demandeurs ne donnaient pas lieu à une perte ou à un préjudice précis ou encore la Couronne avait remédié à la situation. Sont également omis les faits se rapportant à la question de savoir si la*

*the dam, without the involvement or knowledge of the Band. There was a lengthy chronology of events and references to documents covering the period 1984 to 1992.*

*Couronne avait violé l'obligation fiduciaire qu'elle avait envers la bande de Fairford en négociant activement avec le Manitoba entre 1984 et 1991 à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables du barrage sans que la bande participe à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance. Le juge a fait un long exposé des événements et des documents se rapportant à la période allant de 1984 à 1992.*

4.J. Did Canada breach its fiduciary duty to the Fairford Band “in actively negotiating with the Province from 1984 (after it became clear to Canada that no agreement existed with Manitoba) to and including 1991 in respect of compensation for the adverse effects of the Water Control Structure, without the involvement or knowledge of the Band in the details of same”?

4.J. Le Canada a-t-il violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford «en négociant activement avec la province entre 1984 (après qu'il s'est clairement rendu compte qu'aucun accord n'avait été conclu avec le Manitoba) jusqu'à l'année 1991 inclusivement, à l'égard de l'indemnité accordée pour les effets préjudiciables de l'ouvrage de régularisation des eaux, sans que la bande participe à ces négociations ou sans qu'elle en ait connaissance»?

[278] By Order in Council 1992-430 dated March 12, 1992, Canada accepted the 5771.91 acres of compensation land and set it apart for the use and benefit of the Fairford Band as an addition to IR No. 50.

[278] Par le décret 1992-430 daté du 12 mars 1992, le Canada a accepté les terres de remplacement d'une superficie de 5 771,91 acres et les a mises de côté à l'usage et au profit de la bande de Fairford à titre d'additions à la RI n° 50.

#### 4.J.4. Conclusions Drawn from the Facts

[279] This lengthy chronology of events and reference to documents from 1984 to 1992 indicates:

1. It was clear that as of September 1984, Canada understood it could not ratify the 1974 agreement the Band had signed without leaving the Band open to unlimited flooding without recourse against Manitoba;

2. By December 1984, Canada had determined that the Band had entered into an improvident transaction with Manitoba and that it would be difficult to get Manitoba's consent to reopen the agreement;

3. By December 1985, Manitoba had conceded that flood limits would have to be established;

#### 4.J.4. Conclusions tirées des faits

[279] Cette longue chronologie des événements et cette longue mention des documents, de 1984 à 1992, permettent de faire les constatations suivantes:

1. Il était clair qu'en septembre 1984, le Canada comprenait qu'il ne pouvait pas ratifier l'accord de 1974 que la bande avait signé puisque la bande serait alors assujettie à des inondations sans restriction et n'aurait pas de recours contre le Manitoba;

2. En décembre 1984, le Canada avait décidé que la bande avait conclu une opération déraisonnable avec le Manitoba et qu'il serait difficile d'obtenir le consentement du Manitoba en vue de négocier à nouveau l'accord;

3. En décembre 1985, le Manitoba avait concédé que des niveaux d'inondation devaient être fixés;

4. Canada took the position that mapping and survey work would be required to determine if Manitoba's proposed flood limits were reasonable;

5. Between September 1984, and February 1986, there is no evidence of any relevant communication between Indian Affairs and the Fairford Band;

6. After February 1986, the communications and information flowing between Indian Affairs and the Band were significantly increased;

7. Much information had to be gathered to determine flood limits and this took considerable time;

8. Delays were occasioned by Manitoba and the Band over this period but not by Canada;

9. The compensation land was transferred to Canada and was set apart for the use and benefit of the Fairford Band as an addition to IR No. 50 without the Band giving up the rights it was prepared to forego in the 1974 compensation agreement.

[280] The evidence demonstrates that while up to September 1984, Canada's understanding and progress with respect to the compensation land agreement was inadequate, the situation changed when Mr. Gallo took over the file. Mr. Gallo quickly identified important deficiencies in the compensation agreement. However, while he should have communicated with the Fairford Band as soon as he discovered these deficiencies and discussed with the Band how to proceed, he did not do so until February 1986. In the meantime, he continued to negotiate with Manitoba and by the end of 1985 had moved Manitoba to the point where flood limits were being considered. Canada did not enter into any binding agreement with Manitoba on behalf of the Fairford Band during this time.

[281] After February 1986, the Band was involved and was consulted by Canada with respect to negotiations with Manitoba. The evidence does not support

4. Le Canada a pris la position selon laquelle des travaux de cartographie et d'arpentage devraient être exécutés en vue de déterminer si les niveaux d'inondation proposés par le Manitoba étaient raisonnables;

5. Entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, rien ne montre qu'il y ait eu des communications pertinentes entre les Affaires indiennes et la bande de Fairford;

6. Après le mois de février 1986, les communications et renseignements échangés entre les Affaires indiennes et la bande avaient augmenté de beaucoup;

7. Il fallait rassembler un grand nombre de renseignements pour déterminer les niveaux d'inondation et cela prenait énormément de temps;

8. Au cours de cette période, les retards ont été occasionnés par le Manitoba et par la bande, mais non par le Canada;

9. Les terres de remplacement ont été transférées au Canada et ont été mises de côté à l'usage et au profit de la bande de Fairford à titre d'additions à la RI n° 50 sans que la bande renonce aux droits auxquels elle était prête à renoncer dans l'accord d'indemnisation de 1974.

[280] La preuve montre que jusqu'au mois de septembre 1984, le Canada comprenait mal l'accord d'indemnisation et faisait peu de progrès à cet égard, mais que la situation a changé lorsque M. Gallo a pris l'affaire en main. M. Gallo a rapidement découvert des lacunes importantes dans l'accord d'indemnisation. Il aurait dû communiquer avec la bande de Fairford dès qu'il a découvert ces lacunes et discuter avec elle de la façon de procéder, mais il ne l'a fait qu'en février 1986. Dans l'intervalle, il a continué à négocier avec le Manitoba et, à la fin de 1985, il avait obtenu du Manitoba qu'on examine la question des niveaux d'inondation. Pendant ce temps, le Canada n'a pas conclu d'entente obligatoire avec le Manitoba pour le compte de la bande de Fairford.

[281] Après le mois de février 1986, la bande était en cause et le Canada la consultait au sujet des négociations avec le Manitoba. La preuve n'étaye pas

the plaintiffs' allegation that Canada actively negotiated with Manitoba after this date without the involvement or knowledge of the Band.

#### 4.J.5. Fiduciary Duty Analysis

[282] The only period during which the plaintiffs' allegation of non-consultation is supported by the evidence is from September 1984, to February 1986. I have said it would have been preferable for Mr. Gallo to have consulted with the Band over this time. Did Canada's failure to consult with the Band over this time give rise to a breach of fiduciary duty? In the circumstances here, I am of the opinion that it did.

[283] In *Guerin, supra*, Dickson J. found that the obligation on Canada to consult arose when it proved impossible to obtain a lease on the terms upon which the Band had surrendered its land. At that point, rather than entering into a different, less favourable lease, Canada had a duty to consult with the Musqueam Band as to how to proceed (at page 388).

[284] In the case at bar, at the time in question, September 1984, to February 1986, Canada's fiduciary duty was to protect the Band in its dealings with Manitoba. I think Mr. Gallo was attempting to carry out this duty. Over the relevant period there is no evidence of delay or, except for the failure to consult, any other malfeasance on his part. It appears to me that his actions were, except for the failure to consult, diligent and consistent with those expected of a fiduciary.

[285] There is no indication in the material before me that earlier consultation would have had any impact on the course of negotiations with Manitoba. However, the duty to consult is not dependent on a retrospective assessment of whether consultation would have been useful. When Canada was unilateral-

l'allégation des demandeurs selon laquelle le Canada avait activement négocié avec le Manitoba après cette date, sans que la bande participe aux négociations ou sans qu'elle soit au courant de la situation.

#### 4.J.5. Analyse de l'obligation fiduciaire

[282] La seule période pour laquelle l'allégation des demandeurs selon laquelle il n'y a pas eu consultation est étayée par la preuve est celle qui va du mois de septembre 1984 au mois de février 1986. J'ai déjà dit qu'il aurait été préférable que M. Gallo consulte la bande au cours de cette période. L'omission du Canada de consulter la bande pendant cette période a-t-elle donné lieu à la violation d'une obligation fiduciaire? Eu égard aux circonstances, je suis d'avis qu'elle y a donné lieu.

[283] Dans l'arrêt *Guerin*, précité, le juge Dickson a conclu que l'obligation de consulter qui incombait au Canada avait pris naissance lorsqu'il s'était avéré impossible d'obtenir un bail aux conditions auxquelles la bande avait cédé les terres. Au lieu de procéder à la location des terres à des conditions différentes et défavorables, le Canada était tenu de consulter la bande Musqueam au sujet de ce qu'il fallait faire (à la page 388).

[284] En l'espèce, pendant la période en question, soit entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, l'obligation fiduciaire du Canada consistait à protéger la bande lorsqu'elle traitait avec le Manitoba. Je crois que M. Gallo tentait de s'acquitter de cette obligation. Pendant la période pertinente, rien ne montre qu'il y a eu un retard ou, à l'exception de l'omission de consulter, quelque autre délit d'action ou de commission de la part de M. Gallo. Les mesures qu'il a prises me paraissent, à l'exception de l'omission de consulter, diligentes et conformes à ce qu'on s'attendrait d'un fiduciaire.

[285] Rien ne montre dans la documentation dont je dispose qu'une consultation antérieure aurait influé sur le cours des négociations avec le Manitoba. Toutefois, l'obligation de consulter ne dépend pas d'une évaluation rétrospective de la question de savoir s'il était utile de consulter la bande. Lorsque le Canada traitait

ly dealing with Manitoba, the duty to consult existed and the failure to consult during this period constituted a breach of fiduciary duty on the part of Canada.

## 5. LIMITATION OF ACTIONS

### 5.A. The Six-Year Limitation Period

[286] The defendant argues that the plaintiffs' claims must be dismissed as they are statute-barred. They rely on clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, R.S.M. 1987, Clause L150. Clause 2(1)(k) which states:

2(1) The following actions shall be commenced within and not after the times respectively hereinafter mentioned:

...

(k) actions grounded on accident, mistake or other equitable ground of relief not hereinbefore specifically dealt with, within six years from the discovery of the cause of action;

[287] Manitoba courts have held that clause 2(1)(k) applies to a breach of fiduciary duty (see: *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317 (Man. Q.B.), at page 323). A six-year limitation period is imposed on the claims advanced by the plaintiffs.

[288] The plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993. The defendant submits that all claims are statute-barred, except those alleging a breach of fiduciary duty by Canada arising on and after September 15, 1987.

[289] Subject to the following considerations, claims arising prior to September 15, 1987, are statute-barred.

### 5.B. Improper Pleadings

[290] The plaintiffs argue that the defendant did not properly plead *The Limitation of Actions Act* as a defence. Counsel quoted from *Sandvik, A. B. v. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (F.C.T.D.) to the effect that a plea should set out the

unilatéralement avec le Manitoba, il était tenu de consulter la bande et l'omission de la consulter pendant cette période constituait une violation d'une obligation fiduciaire de la part du Canada.

## 5. PRESCRIPTION

### 5.A. Le délai de prescription de six ans

[286] Le défendeur soutient que les demandes des demandeurs doivent être rejetées parce qu'elles sont prescrites. On invoque l'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, L.R.M. 1987, ch. L150. L'alinéa 2(1)(k) est ainsi libellé:

2(1) Les actions suivantes se prescrivent par les délais respectifs indiqués ci-dessous:

[. . .]

k) une action fondée sur un accident, une erreur ou un autre motif de recours reconnu en Équité, sauf les motifs mentionnés aux alinéas ci-dessus, se prescrit par six ans, à compter de la découverte de la cause d'action;

[287] Les tribunaux du Manitoba ont statué que l'alinéa 2(1)(k) s'applique à la violation d'une obligation fiduciaire (voir: *C. (C.D.) v. Starzecki*, [1996] 2 W.W.R. 317 (B.R. Man.), à la page 323). Un délai de prescription de six ans est imposé à l'égard des demandes que les demandeurs ont présentées.

[288] La déclaration des demandeurs a été déposée le 15 septembre 1993. Le défendeur soutient que toutes les demandes sont prescrites, à l'exception de celles dans lesquelles il est allégué que le Canada a violé une obligation fiduciaire à compter du 15 septembre 1987.

[289] Sous réserve des considérations ci-après énoncées, les demandes antérieures au 15 septembre 1987 sont prescrites.

### 5.B. Plaidoyers non appropriés

[290] Les demandeurs soutiennent que le défendeur n'a pas invoqué de la façon appropriée la *Loi sur la prescription* comme moyen de défense. L'avocat a cité la décision *Sandvik, A. B. c. Windsor Machine Co.* (1986), 8 C.P.R. (3d) 433 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.) selon laquelle

material facts giving rise to the invocation of the limitations legislation and specify which provincial limitations provisions are relied on and the effect that they have. However, plaintiffs' counsel offered no arguments respecting what material facts he thought were missing.

[291] The defendant's statement of defence provides:

19. As to the Statement of Claim as a whole, he says that the Fairford First Nations and the named Plaintiffs are statute barred by the Limitations of Action Act R.S.M. 1987 c. L150 as amended, and in particular section 2(1) thereof and by the Federal Court Act, Revised Statutes of Canada, 1970 2nd Supplement, c. 10 as amended and in particular s. 39 thereof.

[292] The defendant's pleading is not ambiguous. This case is not similar to *Sandvik, supra*, in which the defendants failed to identify which provincial limitations legislation they intended to rely on and the Trial Judge found that the pleas "leave the plaintiff completely in the dark" (*per* Collier J., at page 443). I find that in this case the plaintiffs had ample notice as to what was alleged in the statement of defence. Clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba was properly pleaded.

...

#### 5.D. Continuing Breach

[295] The plaintiffs' general approach to their case has been to argue that Canada continually breached its fiduciary duties to the Band from the time when Canada approved and partly financed the Water Control Structure. In the words of counsel, "throughout the evidence, I kept trying to knit everything from 1958 forward into the breach of fiduciary duty." This "knitting" together of the facts commencing in 1958 was clearly an attempt to circumvent the six-year limitation period imposed by *The Limitation of Actions Act*.

le moyen invoqué devrait énoncer les faits substantiels qui permettent d'invoquer les dispositions relatives à la prescription et préciser sur quelles dispositions provinciales la partie se fonde ainsi que l'effet de ces dispositions. Toutefois, l'avocat des demandeurs n'a présenté aucun argument à l'égard des faits substantiels qui, selon lui, n'avaient pas été invoqués.

[291] La défense du défendeur se lit comme suit:

[TRADUCTION]

19. Quant à la déclaration dans son ensemble, il affirme que la demande de la première nation de Fairford et des demandeurs désignés est prescrite en vertu de la *Loi sur la prescription*, L.R.M. 1987, ch. L150, dans sa forme modifiée, et en particulier du paragraphe 2(1) de cette loi ainsi qu'en vertu de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e supp.), ch. 10, dans sa forme modifiée, et en particulier de l'article 39 de cette loi.

[292] L'acte de procédure du défendeur n'est pas ambigu. Cette affaire n'est pas semblable à l'affaire *Sandvik*, précitée, dans laquelle les défenderesses avaient omis de désigner la législation provinciale sur la prescription sur laquelle elles entendaient se fonder et dans laquelle le juge du procès a conclu que «les moyens ne donnent absolument aucun renseignement à la demanderesse» (juge Collier, à la page 443). Je conclus qu'en l'espèce, les demandeurs avaient amplement été avisés de ce qui était allégué dans la défense. L'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba a été plaidé d'une façon appropriée.

...

#### 5.D. Violation continue

[295] L'approche générale que les demandeurs ont adoptée à l'égard de leur cause consistait à soutenir que le Canada a violé de façon continue l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande à compter du moment où il a approuvé et en partie financé l'ouvrage de régularisation des eaux. Comme l'a dit l'avocat, [TRADUCTION] «pendant tout le temps où la preuve a été présentée, j'ai essayé de lier tout ce qui s'est passé depuis 1958 à la violation d'une obligation fiduciaire». Cela constituait clairement une tentative de sa part pour se soustraire au délai de prescription de six ans imposé par la *Loi sur la prescription* du Manitoba.



[296] Continuing breach has been argued in previous cases. In *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, *supra*, Isaac C.J. specifically addressed this issue stating at pages 34-35:

While the respondent's post-surrender fiduciary duty can be seen as continuing so long as the respondent retains ownership and control over the land, I am of the view that any breach of that duty must be located at a specific point in time. It would defeat the very purpose of limitation periods to find that a breach of fiduciary duty continues for so long as the Crown retains the surrendered land . . . .

The Trial Judge's error, however, was in focusing on whether or not there could be a continuing breach of fiduciary duty, rather than locating the respondent's post-surrender fiduciary duty to the Band in respect of the surrendered land, and asking whether or not that duty was breached at one or more specific points in time . . . . The proper inquiry is to determine whether this continuing post-surrender fiduciary duty was breached at any point in time; not to look for a so-called "continuing breach." [Emphasis in original.]

[297] In making the above comments, Isaac C.J. relied on *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1995), 99 F.T.R. 1 (F.C.T.D.) and *Lower Kootenay Indian Band v. Canada*, [1992] 2 C.N.L.R. 54 (F.C.T.D.), at page 118. In *Wewayakum*, Teitelbaum J., canvassed the law and stated at page 68:

I agree, that . . . a cause of action arises, and may be sued upon only once . . . . The fact that Cape Mudge may have suffered a loss (which in my view they did not) between 1907 and the present does not give rise in law to "continuing damages" or a "continuing cause of action".

[298] And, in referring to Dubé J. in *Lower Kootenay*, Teitelbaum J. went on to say [at pages 68-69]:

I also note that Dube, J., in *Lower Kootenay Indian Band and Luke v. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241 (T.D.) rejected the argument that a "continuing" cause of action can circumvent a limitation defence. In the *Luke* case the plaintiff Band claimed damages on a year by year basis for each year during which the Crown failed in its alleged

[296] La violation continue a été plaidée dans des affaires antérieures. Dans l'arrêt *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, précité, le juge en chef Isaac, de cette Cour, a expressément abordé cette question, aux pages 34 et 35:

L'obligation fiduciaire qui incombait à l'intimée après la cession peut être considérée comme continue tant que cette dernière conserve la propriété et le contrôle des terres, mais j'estime que tout manquement à cette obligation doit pouvoir être situé à un moment précis. Conclure que le manquement à une obligation fiduciaire se poursuit tant que la Couronne conserve les terres cédées irait à l'encontre du but même des délais de prescription [. . .]

Toutefois, le juge de première instance a commis une erreur en mettant l'accent sur la question de savoir s'il pouvait y avoir un manquement continu à une obligation fiduciaire, plutôt qu'en situant dans le temps l'obligation fiduciaire que l'intimée avait, après la cession, envers la bande à l'égard des terres cédées et en se demandant s'il y avait eu manquement à cette obligation à un moment donné [. . .] Il convient de décider si, après la cession, l'intimée a manqué à cette obligation continue à un moment donné, et non de se demander s'il y a eu un soi-disant «manquement continu». [C'est le juge en chef qui souligne.]

[297] En faisant les remarques précitées, le juge en chef Isaac se fondait sur les décisions *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1995), 99 F.T.R. 1 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), et *Bande indienne de Lower Kootenay c. Canada*, [1992] C.N.L.R. 54 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), à la page 118. Dans la décision *Wewayakum*, le juge Teitelbaum a examiné le droit et a dit ce qui suit, à la page 68:

La Couronne soutient, et je suis d'accord, [. . .] que la cause d'action ne prend naissance et ne peut fonder une action qu'une seule fois [. . .] Le fait que Cape Mudge ait pu subir une perte (ce qui, à mon avis, n'est pas le cas) entre 1907 et aujourd'hui ne donne pas naissance en droit à des «dommages-intérêts continus» ou à une «cause d'action continue»

[298] En parlant des remarques que le juge Dubé avait faites dans la décision *Lower Kootenay*, le juge Teitelbaum a ajouté ceci [aux pages 68 et 69]:

Je remarque également que, dans la décision *Bande indienne de Lower Kootenay et Luke c. Canada* (1991), 42 F.T.R. 241 (C.F. 1<sup>re</sup> inst.), le juge Dubé a écarté l'argument suivant lequel une cause d'action «continue» peut faire échouer la défense de prescription. Dans l'affaire *Luke*, la bande demanderesse réclamait des dommages-intérêts pour

fiduciary duty to terminate an improvident lease negotiated by the Crown on behalf of the Band. Dube, J., rejected the Band's argument that the accrual of damages for each year during which the Crown failed to terminate the Band's lease gave rise to a new cause of action unaffected by a limitation period. At p. 293 Dube, J., made the following comments:

So there remains to be determined which limitation period applied to each breach and at what time. In my view, the original cause of action arose in 1934 at the outset of the 50 year lease. The mere fact that it is a lease does not automatically renew the cause of action every year and I know of no authority for such a proposition. But other causes of action may arise during that period.

[299] A continuing breach argument is without merit. The plaintiffs assert an ongoing breach beginning in 1958. However, simply because subsequent circumstances give rise to a fiduciary duty and a cause of action for breach of that duty, does not mean that such cause of action retroactively revives a limitation period relative to an earlier cause of action arising from earlier circumstances. Each alleged cause of action arises out of a distinct set of circumstances. A separate and distinct cause of action for breach of fiduciary duty against Canada arises with respect to each distinct set of circumstances and a period of limitation will begin to run in respect of each alleged breach of fiduciary duty.

#### 5.E. Discoverability

[300] The date on which a cause of action arises is not necessarily the date at which a limitation period will begin to run. Clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba, *supra*, has a built in "discoverability" provision, that time does not begin to run for limitation purposes until "the discovery of the cause of action". A cause of action is considered to be discoverable when "the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence" (*Central Trust Co. v. Rafuse*, [1986] 2

chaque année pendant laquelle la Couronne avait manqué à sa présumée obligation fiduciaire de mettre fin à un bail imprévoyant négocié par la Couronne pour le compte de la bande. Le juge Dubé a rejeté l'argument de la bande portant que le cumul de dommages-intérêts pour chaque année au cours de laquelle la Couronne avait omis de mettre fin au bail de la bande a donné naissance à une nouvelle cause d'action à l'abri de tout délai de prescription. À la p. 293, le juge Dubé a fait les commentaires suivants:

Il reste donc à décider quel délai de prescription s'applique à chaque manquement et à quel moment. À mon avis, la cause d'action originale a pris naissance en 1934 au début du bail de cinquante ans. Le simple fait qu'il s'agisse d'un bail n'entraîne pas automatiquement renouvellement de la cause d'action chaque année et à ma connaissance, aucune autorité ne peut être citée à l'appui de cette proposition. Cependant, d'autres causes d'action peuvent prendre naissance pendant cette période.

[299] L'argument qu'il y a eu violation continue n'est pas fondé. Les demandeurs affirment qu'il y a eu violation continue depuis 1958. Toutefois, le simple fait que des circonstances subséquentes donnent lieu à une obligation fiduciaire et à une cause d'action fondée sur la violation de cette obligation ne veut pas dire que la cause d'action a pour effet de remettre en vigueur rétroactivement un délai de prescription se rapportant à une cause d'action antérieure découlant de circonstances qui sont survenues antérieurement. Chaque cause d'action alléguée découle d'un ensemble distinct de circonstances. Une cause d'action distincte fondée sur la violation d'une obligation fiduciaire invoquée contre le Canada découle de chaque ensemble distinct de circonstances et un nouveau délai de prescription commencera à courir à l'égard de chaque violation alléguée de l'obligation fiduciaire.

#### 5.E. Possibilité de découverte

[300] La date à laquelle une cause d'action prend naissance n'est pas nécessairement celle à laquelle le délai de prescription commence à courir. L'alinéa 2(1)(k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba, précitée, renferme une disposition concernant la «possibilité de découvrir» une cause d'action, selon laquelle le délai ne commence pas à courir, aux fins de la prescription, tant qu'il n'y a pas eu «découverte de la cause d'action». Une cause d'action est considérée comme pouvant être découverte lorsque «les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont

S.C.R. 147, at page 224; see also *M. (K.) v. M. (H.)*, [1992] 3 S.C.R. 6, at page 34).

[301] In the context of discoverability, I turn to the causes of action which the plaintiffs have succeeded in establishing: that Canada breached its fiduciary duty to the Fairford Band in delaying consideration of the compensation agreement and failing to consult between the beginning of 1978 and September 1984 and in failing to consult the Band between September 1984 and February 1986. I limit my discussion of limitations to these issues as I have not found a valid cause of action to have arisen with respect to the plaintiffs' other allegations. Both the delay and the failures to consult occurred more than six years before the plaintiffs' statement of claim was filed on September 15, 1993.

[302] The question then is at what point the plaintiffs could have discovered, through reasonable diligence, that they had these causes of action against Canada.

[303] The documentation indicates that the Fairford Band was aware of delay as early as March 8, 1979, when they wrote to the Minister of Indian affairs asking that the transfer of the compensation land to reserve status be completed so that Band members could proceed to occupy and develop the land. On July 10, 1981, a Band Council resolution was passed indicating the Band Council's desire that Canada exercise diligence in setting aside the compensation lands as reserve lands "without further delay".

[304] On subsequent occasions, either in writing or orally, the Band made known its frustration with respect to the delay in the compensation lands being transferred to reserve status. There is no question that the Band was fully aware that delay was occurring.

[305] What the Band was not aware of, in my opinion, was whether the delay was for justifiable

été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable». (*Central Trust Co. c. Rafuse*, [1986] 2 R.C.S. 147, à la page 224; voir également *M. (K.) c. M. (H.)*, [1992] 3 R.C.S. 6, à la page 34).

[301] Dans le contexte de la possibilité de découverte, j'examinerai les causes d'action que les demandeurs ont réussi à établir: à savoir que le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il avait envers la bande de Fairford en tardant à examiner l'accord d'indemnisation ainsi qu'en omettant de consulter la bande entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984 et en omettant de consulter la bande entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986. Je limite mon analyse de la prescription à ces questions étant donné que je n'ai pu constater l'existence d'aucune cause d'action valable à l'égard des autres allégations des demandeurs. Le retard et l'omission de consulter la bande se sont produits plus de six ans avant que la déclaration des demandeurs soit déposée, le 15 septembre 1993.

[302] Il s'agit donc de savoir à quel moment les demandeurs auraient pu découvrir, en faisant preuve d'une diligence raisonnable, qu'ils avaient ces causes d'action contre le Canada.

[303] La documentation montre que la bande de Fairford était au courant du retard dès le 8 mars 1979, lorsqu'elle a écrit au ministre des Affaires indiennes pour demander que le transfert des terres de remplacement soit effectué de façon que les membres de la bande puissent occuper et aménager les terres. Le 10 juillet 1981, le conseil de la bande a adopté une résolution montrant qu'il souhaitait que le Canada fasse preuve de diligence en mettant de côté les terres de remplacement à titre de terres de la réserve [TRANSDUCTION] «sans délai».

[304] Par la suite, par écrit ou oralement, la bande a fait connaître sa frustration à l'égard du fait qu'on tardait à transférer les terres de remplacement de façon qu'elles fassent partie de la réserve. Il est certain que la bande était parfaitement au courant du retard.

[305] Cependant, à mon avis, la bande ne savait pas si le retard était attribuable à des motifs justifiables ou

reasons or whether Canada was simply failing to act with the diligence required of a fiduciary. The evidence indicates that the Band did not become aware that the delay was unjustified until approximately 1992. In 1991, the Band engaged the firm of E. E. Hobbs and Associates Ltd. to research events giving rise to the Water Control Structure and the subsequent failure to conclude a satisfactory settlement, as well as to assess the damages that had been suffered. After it was retained, Hobbs and Associates reviewed public records of both Manitoba and Canada and conducted interviews of various persons including present and past government officials.

[306] Volume 1 of the Hobbs Report, dated February 1992, "It Has Cost Us Our Lives", provides an historical analysis of events including the period from 1977 to 1984. It is apparent from the Report that Hobbs and Associates reviewed files of the Department of Indian and Northern Affairs in conducting its analysis. The Report refers to various letters between Canada and Manitoba and between officials of the Department.

[307] The Report makes express reference to the letter from the Department of Indian Affairs to Manitoba dated September 18, 1984, describing the status of the matter as "in a state of total and utter disarray".

[308] The evidence before me suggests that during the 1977 to 1984 period, when queried by Band representatives as to the status of the compensation agreement, officials of the Department simply assured the Band that the matter was being attended to and was under control. On some occasions, Band members were told that the fault for the delay lay with Manitoba. At no time is there any indication that Canada accepted any blame for the delay. Canada's mishandling of the compensation agreement negotiations between the beginning of 1978, and September of 1984, only became known when Hobbs and Associates reviewed the Department's files and ascertained that "bureaucratic confusion and bungling" appeared

si le Canada omettait simplement d'agir avec la diligence dont le fiduciaire doit faire preuve. La preuve montre que la bande a appris que le retard était injustifié uniquement vers 1992. En 1991, la bande a retenu les services de la firme E. E. Hobbs and Associates Ltd. en vue d'effectuer des recherches sur les événements qui avaient donné lieu à la construction de l'ouvrage de régularisation des eaux et à l'omission subséquente de conclure un règlement satisfaisant, ainsi qu'en vue d'évaluer les dommages qui avaient été subis. Après que ses services eurent été retenus, Hobbs and Associates a examiné les archives publiques tant du Manitoba que du Canada et a rencontré diverses personnes, et notamment d'anciens fonctionnaires et des fonctionnaires en place.

[306] Le volume 1 du rapport Hobbs, daté du mois de février 1992, intitulé «It Has Cost Us Our Lives», renferme une analyse historique des événements qui se sont produits, notamment entre 1977 et 1984. Il ressort du rapport que la firme a examiné les dossiers du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien en effectuant son analyse. Le rapport mentionne diverses lettres échangées entre le Canada et le Manitoba ainsi qu'entre les fonctionnaires du ministère.

[307] Le rapport fait expressément mention de la lettre que le ministère des Affaires indiennes a envoyée au Manitoba le 18 septembre 1984, décrivant la situation comme étant [TRADUCTION] «dans un état de confusion totale».

[308] La preuve dont je dispose laisse entendre qu'entre 1977 et 1984, lorsque les représentants de la bande demandaient où en était l'accord d'indemnisation, les fonctionnaires du Ministère se contentaient d'assurer à la bande qu'on s'occupait de l'affaire et que tout allait bien. À certains moments, on a dit aux membres de la bande que c'était le Manitoba qui était responsable du retard. Rien ne montre que le Canada a accepté d'être blâmé pour le retard. On a appris jusqu'à quel point le Canada avait été négligent en s'occupant des négociations relatives à l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984 uniquement lorsque la firme Hobbs and Associates a examiné les dossiers du

to be the reason for delay.

[309] I do not think Canada's mishandling of the matter could have been reasonably discovered before the Hobbs investigation. Until 1990, there is no indication that the Fairford Band thought it had a cause of action against Canada and nothing in the documentation demonstrates that the Band would have had reason to believe that when Canada was acting in a fiduciary capacity, it was not acting with reasonable diligence. It was not until October 11, 1990, when government lawyer Thomas A. Saunders wrote to Chief Andrew Anderson that the Band began to question the legality of Canada's conduct. The letter states in part:

I am unsure as to whether the Band has had legal counsel assisting them in this matter as yet or not, but it would be my suggestion that it is necessary at this point for the band to retain a lawyer to ensure its interest [*sic*] are properly looked after.

(If you presently do not have counsel and need assistance in selecting a lawyer, I would be pleased to offer you whatever help I can, if you would like.)

[310] I am satisfied that prior to delivery of the Hobbs Report in February 1992, the Fairford Band could not have reasonably discovered the material facts relating to Canada's handling of the compensation agreement between the beginning of 1978, and September 1984. With respect to the plaintiffs' cause of action for delay over this period, I find that the action falls within the limitation period prescribed by clause 2(1)(k) of *The Limitation of Actions Act* of Manitoba and that the action is not statute-barred on this issue.

[311] With respect to Canada's failure to consult the Fairford Band between September 1984, and February 1986, the evidence is that the Band was made aware, in February 1986, of the efforts that Canada had been making with Manitoba during that period. In his letter to Chief Anderson of the Fairford Band and to the chiefs of the Little Saskatchewan and Lake St. Martin Bands, dated February 17, 1986, L. Robinson, Director of Reserves and Trusts, Indian and Northern Affairs

Ministère et a constaté que le retard semblait être attribuable [TRADUCTION] «à la confusion et à la maladresse bureaucratiques».

[309] Je ne crois pas qu'il aurait été raisonnablement possible de découvrir que le Canada s'occupait de l'affaire d'une façon négligente avant que Hobbs fasse enquête. Rien ne montre, jusqu'en 1990, que la bande de Fairford croyait avoir une cause d'action contre le Canada et rien dans la documentation ne montre qu'il y aurait eu lieu pour la bande de croire que, lorsque le Canada agissait à titre de fiduciaire, il ne faisait pas preuve d'une diligence raisonnable. Ce n'est que le 11 octobre 1990, lorsque l'avocat du gouvernement, Thomas A. Saunders, a écrit au chef Andrew Anderson que la bande a commencé à remettre en question la légalité de la conduite du Canada. La lettre est en partie ainsi libellée:

[TRADUCTION] Je ne sais pas trop si la bande a déjà retenu les services d'un avocat pour l'aider dans la présente affaire, mais à mon avis, il faudrait maintenant qu'elle ait un avocat qui veille à ce que ses intérêts soient protégés d'une façon appropriée.

(Si vous n'avez pas encore d'avocat et que vous avez besoin d'aide pour en choisir un, c'est avec plaisir que je vous aiderai si vous le désirez.)

[310] Je suis convaincu qu'avant la présentation du rapport Hobbs, en février 1992, la bande de Fairford n'aurait pas pu raisonnablement découvrir les faits importants concernant la façon dont le Canada s'était occupé de l'accord d'indemnisation entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. En ce qui concerne la cause d'action des demandeurs fondée sur le fait que la Couronne a tardé à agir au cours de cette période, je conclus que l'action a été intentée dans le délai imparti à l'alinéa 2(1)k) de la *Loi sur la prescription* du Manitoba et qu'elle n'est pas prescrite.

[311] Quant à l'omission du Canada de consulter la bande de Fairford entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986, la preuve montre que la bande a été mise au courant, en février 1986, des efforts que le Canada avait faits auprès du Manitoba pendant cette période. Dans la lettre qu'il a envoyée au chef Anderson de la bande de Fairford, ainsi qu'aux chefs des bandes de Little Saskatchewan et du lac St-Martin, le 17 février 1986, L. Robinson, direc-

Canada, wrote:

Since September, 1984, we have been trying to obtain the Province's consent to amend two articles of the Fairford Control compensation agreements which were signed between 1974 and 1976. These amendments concern the level to which Manitoba can flood reserve lands and the nature of the title to the compensation lands to be set apart for each of the three reserves. The amendments which we are seeking are required before Canada can ratify the compensation agreements and make them of legal force and effect under the Indian Act.

This letter makes it clear that the Fairford Band was informed in February 1986 about the matters which Canada had failed to consult with it between September 1984 and February 1986. The plaintiffs' cause of action for failure to consult in this period became statute-barred in February 1992.

## 6. CONCLUSION

[312] I have gone to considerable length to elaborate my understanding of the facts and the law in respect of each of the instances of breach of fiduciary duty alleged by the plaintiffs. I have done so because, in the circumstances of this case, I thought it important that the plaintiffs' claims be addressed substantively, and that they be given an explanation for the Court's findings.

[313] On the evidence before me, I am quite satisfied that while in some material respects, living conditions on the Fairford Reserve have improved over the past forty years, in other respects there has been a deterioration in the quality of life for many members of the Band. From what I have heard, I think that this deterioration arises from a number of causes, one of which was the disruption to the Reserve and the activities and lives of Fairford Band members by the operation of the Water Control Structure.

[314] As much as I have sympathy for the plaintiffs, my decision must be based on the facts proven in

teur, Réserves et fidéicommiss, Affaires indiennes et du Nord Canada, a écrit ce qui suit:

[TRADUCTION] Depuis le mois de septembre 1984, nous avons essayé d'obtenir le consentement de la province à l'égard de la modification de deux clauses des accords d'indemnisation concernant la régularisation de la rivière Fairford qui ont été signés entre 1974 et 1976. Ces modifications se rapportent au niveau jusque auquel le Manitoba peut inonder les terres de la réserve et à la nature du titre relatif aux terres de remplacement qui doivent être mises de côté pour chacune des trois réserves. Il faut effectuer les modifications demandées pour que le Canada puisse ratifier les accords d'indemnisation et leur donner effet en vertu de la Loi sur les Indiens.

Cette lettre montre clairement que la bande de Fairford a été informée en février 1986 des questions à l'égard desquelles le Canada avait omis de la consulter entre le mois de septembre 1984 et le mois de février 1986. La cause d'action fondée sur l'omission de consulter la bande au cours de cette période est prescrite depuis le mois de février 1992.

## 6. CONCLUSION

[312] Je me suis longuement attardé à donner des précisions sur la façon dont j'interprétais les faits et le droit à l'égard de chacun des cas de violation d'obligation fiduciaire allégués par les demandeurs. Je l'ai fait parce que, eu égard aux circonstances de l'espèce, je croyais qu'il est important que les demandes présentées par les demandeurs soient examinées au fond et que la Cour donne des explications aux demandeurs au sujet des conclusions qu'elle a tirées.

[313] Compte tenu de la preuve dont je dispose, je suis tout à fait convaincu qu'à certains égards, les conditions de vie dans la réserve de Fairford se sont améliorées au cours des quarante dernières années, mais qu'à d'autres égards, il y a eu une détérioration de la qualité de la vie pour de nombreux membres de la bande. D'après ce que j'ai entendu dire, je crois que cette détérioration est attribuable à un certain nombre de causes, dont l'une était le bouleversement que l'exploitation de l'ouvrage de régularisation des eaux avait causé à la réserve ainsi qu'aux activités et aux vies des membres de la bande.

[314] Je sympathise énormément avec la situation des demandeurs, mais ma décision doit être fondée sur

evidence and the rule of law. That means applying the provisions of the *Indian Act*, *The Limitation of Actions Act* of Manitoba and other relevant legislation and common law relating to fiduciary duties as expressed primarily by the Supreme Court of Canada. That results in only a very limited finding of breach of fiduciary duty that is not statute-barred in this case. The plaintiffs may now proceed to prove damages based on that breach.

[315] The plaintiffs' claim is dismissed except for the finding of breach of fiduciary duty by Canada with respect to the delay and failure to consult between the beginning of 1978 and September 1984. This cause of action is not statute-barred.

[316] The matter of costs is reserved for further submissions by the parties.

[317] The parties shall communicate with the Registry to fix a date for the assessment of damages.

<sup>1</sup> Except when the plaintiffs' argument is quoted in these reasons, the term "Band" is used rather than "First Nation" as "Band" is the term used in the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, as amended.

<sup>2</sup> There was flooding in some earlier years but it was not as serious as in 1967 and later years.

<sup>3</sup> Initially the land to be transferred amounted to 5651.37 acres. This was increased by the closure of certain road allowances to 5771.91 acres.

<sup>4</sup> There was an indication from counsel that the Band has been engaging in continuing negotiations with the Province but that has no bearing on this decision.

<sup>5</sup> One allegation, that Canada breached its fiduciary duty to the Band by failing to address socio-political problems arising from the incomplete transfer of compensation lands has been treated by the Court as a determination of whether loss or damage has resulted from that breach.

<sup>6</sup> The plaintiffs relied on a Board resolution dated August 13, 1956, which they said proved that downstream interests such as those of the Fairford Band were ignored by the

les faits tels qu'ils ont été établis ainsi que sur la primauté du droit. Cela veut dire qu'il faut appliquer les dispositions de la *Loi sur les Indiens*, de la *Loi sur la prescription* du Manitoba et des autres lois pertinentes ainsi que la common law, telles qu'elles s'appliquent aux obligations fiduciaires et telles qu'elles ont été énoncées principalement par la Cour suprême du Canada. Il en résulte une conclusion très restreinte de violation non prescrite d'une obligation fiduciaire. Les demandeurs peuvent maintenant commencer à faire la preuve du préjudice découlant de cette violation.

[315] La demande que les demandeurs ont présentée est rejetée sauf en ce qui concerne la conclusion selon laquelle le Canada a violé son obligation fiduciaire en tardant à agir et en omettant de consulter la bande entre le début de l'année 1978 et le mois de septembre 1984. Cette cause d'action n'est pas prescrite.

[316] La question des dépens est remise à plus tard de façon que les parties puissent présenter des observations additionnelles.

[317] Les parties communiqueront avec le greffe pour fixer la date à laquelle les dommages-intérêts seront établis.

<sup>1</sup> Sauf lorsque les plaidoyers des demandeurs sont cités dans ces motifs, le mot «bande» est employé plutôt que l'expression «première nation» étant donné que ce mot est celui qui est utilisé dans la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5, dans sa forme modifiée.

<sup>2</sup> Il y avait eu des inondations au cours des années antérieures, mais elles n'étaient pas aussi graves que celles qui ont eu lieu en 1967 et par la suite.

<sup>3</sup> Initialement, la superficie des terres qui devaient être transférées était de 5 651,37 acres. La superficie des terres transférées est par la suite passée à 5 771,91 acres par suite de la fermeture de certaines réserves routières.

<sup>4</sup> Les avocats ont fait savoir qu'il y a eu des négociations continues entre la bande et la province, mais cela n'est pas pertinent aux fins qui nous occupent.

<sup>5</sup> La Cour a considéré l'allégation selon laquelle le Canada a violé l'obligation fiduciaire qu'il a envers la bande, en omettant de remédier aux problèmes sociopolitiques découlant du transfert incomplet des terres de remplacement, comme se rapportant à la question de savoir si cette violation a entraîné une perte ou un préjudice.

<sup>6</sup> Les demandeurs se sont fondés sur une résolution de la Commission datée du 13 août 1956, qui établissait selon eux que la Commission n'avait pas tenu compte des intérêts des

Board. As will later appear, I find this not to be the case.

<sup>7</sup> McLachlin J. wrote concurring reasons only for herself and Major J. Her reasons are the only ones to address the Band's argument as to the scope of the Crown's fiduciary duty.

<sup>8</sup> S. 35(1) provides:

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

<sup>9</sup> La Forest J. wrote for three judges and Iacobucci J. agreed with La Forest J. in the result. Sopinka and McLachlin JJ. wrote for three judges in dissent.

<sup>10</sup> See particularly p. 466 when they state: "As we have seen, the cases suggest that the distinguishing characteristic between advice *simpliciter* and advice giving rise to a fiduciary duty is the ceding by one party of effective power to the other."

<sup>11</sup> In the reasons of La Forest J. reference is made at p. 410 to Finn, P. D., "The Fiduciary Principle" [in Youdan, T. G. (éd.). *Equity, Fiduciaries and Trusts*], at pp. 50-51:

. . . fiduciary responsibilities will be exacted where the function the advisor represents himself as performing . . .

I interpret La Forest J.'s reference to undertaking as reflecting the same concept as Finn's reference to the advisor representing himself.

<sup>12</sup> The ceding of power by one party to the other, whereby the ceding party does not retain the power and ability to make decisions, would not seem to arise from a course of conduct.

<sup>13</sup> It could be argued that s. 31(1) places Canada in a fiduciary position as it gives Canada a discretionary power to take action on behalf of an Indian or band. For example, in *Blueberry*, the Supreme Court of Canada held that the failure of the Superintendent General to exercise his discretion to rectify errors prejudicing the interests of Indians under s. 64 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 10] founded a claim for breach of fiduciary duty against the Crown. However, the Minister's duty stemmed from the fact that the Indians were left vulnerable because they did not have the power to correct the error. The authority given to the Attorney General under s. 31(1) does not operate in such a way as to leave the Indians vulnerable or without the opportunity to bring their own action.

<sup>14</sup> In making this statement, I of course recognize that such other causes of action must still be proven and that the question of limitation of actions would still be relevant.

<sup>15</sup> S. 28(2) refers to a permit in writing. Permit is not defined in the *Indian Act*. By letter dated November 29,

tiers en aval, tels que ceux de la bande de Fairford. Comme nous le verrons ci-dessous, je conclus que ce n'est pas le cas.

<sup>7</sup> Le juge McLachlin a écrit des motifs concourants uniquement en son nom personnel et au nom du juge Major. Ses motifs sont les seuls qui traitent de l'argument de la bande au sujet de l'étendue de l'obligation fiduciaire de la Couronne.

<sup>8</sup> L'art. 35(1) est ainsi libellé:

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

<sup>9</sup> Le juge La Forest a prononcé des motifs au nom de trois juges et le juge Iacobucci a souscrit à l'avis du juge La Forest quant au résultat. Les juges Sopinka et McLachlin ont prononcé des motifs dissidents au nom de trois juges.

<sup>10</sup> Voir, en particulier, la p. 466, où la remarque suivante est faite: «Comme nous l'avons vu, il ressort de la jurisprudence que ce qui distingue les conseils purs et simples de ceux qui donnent naissance à une obligation fiduciaire est le transfert d'un pouvoir réel d'une partie à l'autre.»

<sup>11</sup> Dans ses motifs, le juge La Forest fait mention, à la p. 410, de Finn, P. D., «The Fiduciary Principle» [dans Youdan, T.G. (éd.) *Equity, Fiduciaries and Trusts*], aux p. 50 et 51:

[TRADUCTION] [. . .] des responsabilités fiduciaires seront imposées si la fonction que le conseiller prétend remplir [. . .].

J'interprète l'engagement dont le juge La Forest fait mention comme correspondant au concept du conseiller qui «prétend remplir» une fonction dont Finn fait mention.

<sup>12</sup> La cession d'un pouvoir par une partie à une autre partie, par laquelle le cédant ne conserve pas le pouvoir et la capacité de prendre des décisions, ne semblerait pas découler d'une conduite.

<sup>13</sup> Il serait possible de soutenir que l'art. 31(1) place le Canada dans la situation d'un fiduciaire étant donné qu'il confère à celui-ci le pouvoir discrétionnaire d'intenter une action au nom d'un Indien ou d'une bande. Ainsi, dans l'arrêt *Blueberry*, la Cour suprême du Canada a statué que l'omission du surintendant général d'exercer le pouvoir discrétionnaire qu'il possède de corriger des erreurs portant atteinte aux droits des Indiens en vertu de l'art. 64 [mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 10] pouvait servir de fondement à un recours en violation d'une obligation fiduciaire contre la Couronne. Toutefois, l'obligation du ministre découlait du fait que les Indiens étaient vulnérables parce qu'ils n'avaient pas le pouvoir de corriger l'erreur. Le pouvoir conféré au procureur général en vertu de l'art. 31(1) ne s'applique pas de façon à rendre les Indiens vulnérables ou à les empêcher d'intenter leur propre action.

<sup>14</sup> En faisant cette observation, je reconnais, bien sûr, que ces autres causes d'action doivent néanmoins être prouvées et que la question de la prescription serait encore pertinente.

<sup>15</sup> L'art. 28(2) fait mention d'un permis écrit. Le mot «permis» n'est pas défini dans la *Loi sur les Indiens*. Par



1960, Mr. Leslie wrote to T. E. Weber, Chief Engineer, Water Control and Conservation Branch, Province of Manitoba quoting Mr. Jones' letter to him of November 21, 1960. Mr. Leslie then states:

I trust the above quoted observation will make final the arrangements for use of reserve land which have been under discussion, and that the permission indicated in the Headquarters letter is satisfactory to your purposes.

I treat Mr. Leslie's letter as a permit in writing in accordance with s. 28(2) of the *Indian Act*.

<sup>16</sup> Nature of the rights at issue:

There was no dispute that interference with hay production on Reserve land constituted interference with the use and benefit of the Reserve by the Band and its members. In their memorandum, the plaintiffs argued that their rights to hunt, trap and fish on an unoccupied Crown land lying adjacent to or near the Fairford Reserve were Aboriginal rights, as well as rights under Treaty No. 2 (Treaty between Her Majesty the Queen and the Chippewa and Cree Indians of Manitoba and Country Adjacent with Adhesions, 21 August 1871; for reference see: Canada, *Indian Treaties and Surrenders* (Ottawa: Queen's Printer, 1957) and the Natural Resources Transfer Agreement (NRTA), which came into force on July 15, 1930. The Agreement is set out in Schedule (1.) to the *Constitution Act, 1930*, [20 & 21 Geo. V, c. 26 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 16)] [R.S.C. 1985, Appendix II, No. 26].

Canada argued that the plaintiffs' Aboriginal rights to hunt, trap and fish were extinguished by Treaty No. 2 based on oral representations made during the negotiation of the Treaty. The defendant says that the plaintiffs' rights to hunt, trap and fish now derive from the provisions of Treaty No. 2 and the NRTA alone. The plaintiffs, on the other hand, argued that Treaty No. 2 makes no mention of their rights to hunt, trap and fish and that these rights therefore survive the Treaty, and are later modified by the NRTA.

Para. 13 of the Manitoba NRTA extinguishes any existing Aboriginal or treaty right to engage in commercial hunting and fishing and continues, subject to certain qualifications, Aboriginal or treaty rights to hunt, trap and fish for food (see: *R. v. Badger*, [1996] 1 S.C.R. 771, at p. 797, per Cory J. referencing para. 12 of the Saskatchewan NRTA). Para. 13 of the Manitoba NRTA provides:

une lettre datée du 29 novembre 1960, M. Leslie a écrit à T. E. Weber, ingénieur en chef, Direction de la régularisation et de la conservation des eaux, Manitoba, en citant la lettre que M. Jones lui avait envoyée le 21 novembre 1960. M. Leslie dit ensuite ceci:

[TRADUCTION] J'espère que les observations susmentionnées mettront un point final aux dispositions visant à permettre l'utilisation des terres de la réserve dont il a été question et que l'autorisation mentionnée dans la lettre de l'administration centrale vous satisfait.

Je considère la lettre de M. Leslie comme constituant un permis écrit au sens de l'art. 28(2) de la *Loi sur les Indiens*.

<sup>16</sup> Nature des droits en question:

Il n'a pas été contesté que le fait qu'on a gêné la production de foin sur les terres de la réserve constituait une entrave à l'utilisation de la réserve par la bande et par ses membres. Dans leur mémoire, les demandeurs ont soutenu que le droit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche sur les terres publiques inoccupées situées à côté ou à proximité de la réserve de Fairford était un droit ancestral ainsi qu'un droit issu du Traité n° 2 (Traité entre Sa Majesté la Reine et les Chippouais et les Cris du Manitoba et des territoires adjacents, et adhésions à ces derniers, 21 août 1871; pour consultation, voir: Canada, *Indian Treaties and Surrenders* (Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1957) et la Convention sur le transfert des ressources naturelles (Convention), qui a pris effet le 15 juillet 1930. L'accord est énoncé à l'annexe (1.) de la *Loi constitutionnelle de 1930*, [20 & 21 Geo. V, ch. 26 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 16 [L.R.C. (1985), appendice II, n° 26].

Le Canada a soutenu que les droits ancestraux des demandeurs en ce qui concerne la chasse, le piégeage et la pêche, ont été éteints par le Traité n° 2, compte tenu de déclarations faites oralement pendant la négociation du Traité. Le défendeur dit que les droits de chasse, de piégeage et de pêche des demandeurs ne sont maintenant prévus que par les dispositions du Traité n° 2 et de la Convention. D'autre part, les demandeurs ont soutenu que le Traité n° 2 ne fait pas mention de leurs droits de chasse, de piégeage et de pêche et que ces droits ont donc continué à exister après la signature du Traité et qu'ils ont par la suite été modifiés par la Convention.

Le par. 13 de la Convention concernant le Manitoba éteint tout droit ancestral ou tout droit issu d'un traité existant permettant aux Indiens de se livrer à des activités de chasse et de pêche commerciale et maintient, à certaines conditions, les droits ancestraux ou les droits issus de traités qui leur sont reconnus lorsqu'il s'agit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche pour se nourrir (voir: *R. c. Badger*, [1996] 1 R.C.S. 771, à la p. 797, juge Cory, qui parlait du par. 12 de la Convention concernant la Saskatchewan). Le par. 13 de la Convention concernant le Manitoba est ainsi libellé:

13. In order to secure to the Indians of the Province the continuance of the supply of game and fish for their support and subsistence, Canada agrees that the laws respecting game in force in the Province from time to time shall apply to the Indians within the boundaries thereof, provided, however, that the said Indians shall have the right, which the Province hereby assures to them, of hunting, trapping, and fishing game and fish for food at all seasons of the year on all unoccupied Crown lands and on any other lands to which the said Indians may have a right of access.

For the purposes of this case it is sufficient to recognize that the plaintiffs have a right to hunt, trap and fish for food on the Fairford Reserve and on adjacent or nearby unoccupied Crown land pursuant to para. 13 of the NRTA.

<sup>17</sup> As previously discussed, the reference is to p. 349 of *Guerin, supra*, at which Wilson J. states that Canada is under a fiduciary duty to protect and preserve a band's interest from invasion or destruction and p. 339 of *Union, supra*, at which MacKay J. notes that a duty exists not to permit unjustified adverse effects upon continuing Aboriginal interests.

<sup>18</sup> In 1970 the Canada *Expropriation Act* was amended by S.C. 1969-70, c. 41, s. 24 (now R.S.C., 1985, c. E-21, s. 26(11)) to expressly provide that in determining the value of expropriated land no account is to be taken of the Crown's anticipated or actual use of the land after the expropriation. Prior to this amendment the criteria for calculation of compensation under Canadian expropriation law were less settled but it was nevertheless clear at that time that compensation was not to be based on value to the taker (see: *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] S.C.R. 712, at p. 715 and *Woods v. The King*, [1951] S.C.R. 504, at p. 508).

<sup>19</sup> 2. (1) In this Act,

“reserve”

(a) 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, and  
 (b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 to 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands.

13. Pour assurer aux Indiens de la province la continuation de l'approvisionnement de gibier et de poisson destinés à leurs support et subsistance, le Canada consent à ce que les lois relatives au gibier et qui sont en vigueur de temps à autre dans la province, s'appliquent aux Indiens dans les limites de la province; toutefois, lesdits Indiens auront le droit que la province leur assure par les présentes de chasser et de prendre le gibier au piège et de pêcher le poisson, pour se nourrir en toute saison de l'année sur toutes les terres inoccupées de la Couronne et sur toutes les autres terres auxquelles lesdits Indiens peuvent avoir un droit d'accès.

Aux fins qui nous occupent, il suffit de reconnaître que les demandeurs ont le droit de se livrer à des activités de chasse, de piégeage et de pêche pour se nourrir dans la réserve de Fairford ainsi que sur les terres publiques inoccupées adjacentes ou voisines conformément au par. 13 de la Convention.

<sup>17</sup> Comme il en a déjà été fait mention, les demandeurs se reportent à la p. 349 de l'arrêt *Guerin, supra*, où le juge Wilson dit que le Canada a l'obligation fiduciaire de protéger et de préserver le droit que possède une bande contre les violations du droit de propriété et la destruction ainsi qu'à la p. 339 de la décision *Union, supra*, où le juge MacKay fait remarquer qu'il existe une obligation de ne pas permettre des effets négatifs injustifiés sur des droits ancestraux permanents.

<sup>18</sup> En 1970, la *Loi sur l'expropriation* du Canada a été modifiée par S.C. 1969-70, ch. 41, art. 24 (maintenant L.R.C. (1985), ch. E-21, art. 26(11)) de façon à prévoir expressément qu'en déterminant la valeur des terres expropriées, il n'est tenu aucun compte de tout usage que la Couronne envisage de faire ou fait réellement du bien-fonds après l'expropriation. Avant que cette modification ait été effectuée, le critère à appliquer aux fins du calcul de l'indemnité à verser en vertu de la législation canadienne sur l'expropriation était moins bien établi, mais il était néanmoins clair à ce moment-là que l'indemnité ne devait pas être fondée sur la valeur des terres pour le preneur (voir: *Diggon-Hibben Ltd. v. The King*, [1949] R.C.S. 712, à la p. 715, et *Woods v. The King*, [1951] R.C.S. 504, à la p. 508).

<sup>19</sup> 2. (1) Les définitions qui suivent s'appliquent à la présente loi.

«réserved» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu'elle a mise de côté à l'usage et au profit d'une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l'application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.