

A-568-98
(T-1737-97)

Simon Smith, David Paul, Chris Tom, Vern Tom, John Elliott, Curtis Olsen and Joe Bartleman, on their own behalf as Chief and Council of the Tsartlip Indian Band and on behalf of the Tsartlip Indian Band (*Appellants*)

v.

The Minister of Indian Affairs and Northern Development, Clydesdale Estate Holdings Ltd., Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen and George Wilson (*Respondents*)

INDEXED AS: TSARTLIP INDIAN BAND v. CANADA (MINISTER OF INDIAN AFFAIRS AND NORTHERN DEVELOPMENT) (C.A.)

Court of Appeal, Décary, Robertson and Noël J.J.A.—Vancouver, October 27; Ottawa, November 17, 1999.

Native peoples — Lands — Minister leasing land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Respondents given rights of exclusive possession, occupation of two lots on reserve — Intending to develop manufactured home park on one lot for use of non-Indians — Band Council members opposing project — Lease issued to respondent corporation despite Band's opposition — No fiduciary obligation owed by Crown to Band — Standard of review of Minister's decision reasonableness — Decision unreasonable as Band's concerns discarded without proper consideration.

Administrative law — Judicial review — Certiorari — Appellants seeking to set aside Minister's decision to lease land on Indian reserve under Indian Act, s. 58(3) — Crown under no fiduciary obligation to Indian band when acting under s. 58(3) — Purpose of Act band-oriented when use of reserve land at issue — Factors determining standard of review of Minister's decision those outlined by S.C.C. in Pushpanathan — Reasonableness appropriate standard herein — Minister bound to give weight to band's concerns where lease detrimental to band — Minister granting lease to substantial detriment of Band without proper consideration of major concerns — Decision unreasonable.

A-568-98
(T-1737-97)

Simon Smith, David Paul, Chris Tom, Vern Tom, John Elliott, Curtis Olsen et Joe Bartleman, en leur nom à titre de chef et de conseil de la bande indienne Tsartlip et au nom de la bande indienne Tsartlip (*appelants*)

c.

Le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien, Clydesdale Estate Holdings Ltd., Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen et George Wilson (*intimés*)

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE TSARTLIP c. CANADA (MINISTRE DES AFFAIRES INDIENNES ET DU NORD CANADIEN) (C.A.)

Cour d'appel, juges Décary, Robertson et Noël, J.C.A.—Vancouver, 27 octobre; Ottawa, 17 novembre 1999.

Peuples autochtones — Terres — Le ministre a octroyé un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — Les intimés ont reçu le droit exclusif de possession et d'occupation de deux lots sur la réserve — Ils visaient à établir un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur un lot — Les membres du conseil de bande s'opposaient au projet — Le bail a été octroyé à la société intimée malgré l'opposition de la bande — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers la bande — La norme de contrôle de la décision du ministre est le caractère raisonnable — La décision était déraisonnable, les inquiétudes de la bande ayant été écartées sans examen réel.

Droit administratif — Contrôle judiciaire — Certiorari — Les appelants demandaient l'annulation de la décision du ministre d'octroyer un bail sur une terre située dans une réserve indienne en vertu de l'art. 58(3) de la Loi sur les Indiens — La Couronne n'a aucune obligation fiduciaire envers une bande indienne lorsqu'elle exerce le pouvoir qui lui est conféré par l'art. 58(3) — La Loi vise vraiment à protéger la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve — Les facteurs déterminant la norme de contrôle de la décision du ministre sont ceux qui ont été exposés par la C.S.C. dans Pushpanathan — La norme de contrôle appropriée en l'espèce était celle de la décision raisonnable — Le ministre est tenu de donner du poids aux inquiétudes de la bande lorsque le bail cause un préjudice à la bande — En octroyant le bail, le ministre a causé un préjudice substantiel à la bande sans vraiment examiner ses principales inquiétudes — Décision déraisonnable.

This was an appeal from a Trial Division decision upholding a decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development to lease part of an Indian reserve land under subsection 58(3) of the *Indian Act*. The locatees, all members of the Tsartlip Indian Band, had exclusive possession and occupation of lots 5 and 5A in an Indian reserve on Vancouver Island pursuant to two Certificates of Possession issued under section 20 of the Act. Being shareholders of a corporation called Clydesdale Estate Holdings Ltd., they intended to develop, through it, a manufactured home park on Lot 5A for the use of non-Indians. Following Band meetings in 1995, they were advised to put their proposal on hold. Contrary to that advice, they arranged to have 25 manufactured homes placed on Lot 5A, between December 1995 and the end of January 1996. On May 1, 1997, a lease was issued to Clydesdale Estate Holdings Ltd. retroactively from April 1, 1996 for a term of 18 months. The appellants, who were at the relevant times Chief and Council of the Tsartlip Indian Band, submitted that the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 58(3), failed to take the Band's concerns into consideration and that as a result his decision was unreasonable. Two main issues were raised on appeal: (1) whether the Crown owed a fiduciary obligation to the Indian band and what is the standard of review for decisions made by the Minister under subsection 58(3) of the Act; (2) whether the decision was reasonable.

Held, the appeal should be allowed.

(1) This Court has already ruled that the Crown, when acting under subsection 58(3) of the Act, has no fiduciary obligation to an Indian band. In the present case as well, there was no authority for the proposition that there exists a fiduciary duty either to the band or to a member of the band or to both in cases of management by the Minister of land in a reserve. The Minister had no interest in the outcome of his decision. Whatever the decision, the lands will remain lands on the reserve. There was no adversarial relationship between the Crown and the band as a whole or the member of the band, and no legitimate public purpose to be advanced by the Minister which would be adverse to the interest of the Aboriginal people. The very remedy sought by the Band Council, namely a declaration that the lease is null and of no effect, is not a remedy available to sanction a breach of the fiduciary duty. The approach already followed in administrative law when competing interests are at issue before a decision maker is whether the Minister weighed the respective views of the persons affected by the decision and did so on the basis of proper considerations. As to the appropriate standard of review for decisions made under subsection 58(3) of the Act, there are four factors affecting the determination of that standard as outlined by the Supreme Court of Canada in *Pushpanathan*.

Il s'agissait d'un appel interjeté contre la décision de la Section de première instance qui a confirmé la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien de louer une partie d'une terre d'une réserve indienne en vertu du paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens*. Les occupants, tous membres de la bande indienne Tsartlip, avaient le droit exclusif de possession et d'occupation des lots 5 et 5A d'une réserve indienne situés sur l'île de Vancouver en vertu de deux certificats de possession délivrés aux termes de l'article 20 de la Loi. Étant actionnaires d'une société du nom de Clydesdale Estate Holdings Ltd., ils visaient à établir, par le biais de cette dernière, un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur le lot 5A. Suivant des réunions de la bande en 1995, on leur a conseillé de surseoir à l'exécution de leur projet. Contrairement à ce conseil, ils ont fait installer 25 maisons préfabriquées sur le lot 5A entre décembre 1995 et la fin de janvier 1996. Le 1^{er} mai 1997, un bail a été octroyé à Clydesdale Estate Holdings Ltd. rétroactivement au 1^{er} avril 1996 pour une période de 18 mois. Les appelants, qui étaient à l'époque pertinente chef et membres du conseil de la bande indienne Tsartlip, ont soutenu que, dans l'exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3), le ministre n'avait pas tenu compte des inquiétudes de la bande et que sa décision était donc déraisonnable. Deux questions principales ont été soulevées en appel: 1) la Couronne a-t-elle une obligation fiduciaire envers la bande indienne et quelle est la norme de contrôle des décisions prises par le ministre en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi? 2) la décision était-elle raisonnable?

Arrêt: l'appel est accueilli.

1) La Cour a décidé antérieurement que la Couronne n'avait aucune obligation fiduciaire envers une bande indienne lorsqu'elle exerçait le pouvoir qui lui est conféré par le paragraphe 58(3) de la Loi. On n'a pas non plus cité d'arrêt dans la présente affaire à l'appui de la proposition qu'il y a une obligation fiduciaire envers la bande ou un membre de la bande, ou envers les deux, dans la gestion des terres d'une réserve par le ministre. Le ministre n'avait pas d'intérêt à défendre dans sa décision. Quelle que soit cette décision, les terres resteront des terres sur la réserve. Il n'y avait pas de relation conflictuelle entre la Couronne et la bande dans son ensemble ou un des membres de la bande, ni d'intérêt public légitime que le ministre doit défendre qui serait contraire à l'intérêt des peuples autochtones. La réparation recherchée par le conseil de bande, à savoir un jugement déclarant que le bail est nul et sans effet, ne peut s'appliquer pour sanctionner la violation d'une obligation fiduciaire. L'approche adoptée en droit administratif lorsque des intérêts conflictuels doivent être tranchés par un décideur consiste à déterminer si le ministre a pondéré les points de vue respectifs des personnes touchées par la décision et s'il l'a fait en se fondant sur les facteurs appropriés. Relativement à la norme de contrôle appropriée des décisions prises en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi, quatre

Those factors are the privative clauses, the expertise of the decision maker, in this case the Minister, the purpose of the Act as a whole and the provision in particular and finally the nature of the problem (whether relating to a question of law or fact). Taking these factors into account, the Court concluded that considerable deference should be accorded the Minister and that the appropriate standard of review is that of reasonableness.

(2) The Minister, in deciding whether to lease or not, had a double duty, one to the individual holding the Certificate of Possession, the other to the band. The question is then what considerations in a given case should lead the Minister to exercise his discretion in favour of one rather than the other. The *Indian Act* is very much band-oriented where the use of lands in a reserve is at issue. The intent of Parliament was to require the consent of the band council whenever a non-member of the band, and even more so a non-Indian, is to exercise any right on a reserve for a period longer than one year. The mere fact that the Band has originally agreed to permit a locatee to occupy and use a lot on the reserve could not mean that the Band has implicitly abandoned the right it has under subsection 28(2) of the Act to control the use of the lot by a non-member of the Band. The Minister is bound to give more weight to the concerns of a band when dealing with a type of lease that would be subject to subsection 28(2). In this case, he failed to satisfy himself that the concerns of the Band with respect to the long-term development of a manufactured home subdivision were unwarranted or minimal. Those concerns were discarded without proper consideration. This was a fatal flaw in the Minister's decision. It was unreasonable for the Minister to rush to grant a lease, which was in any event retroactive, when the basic requirements for water and sewer services had not yet been met. The retroactivity of the lease in the circumstances of this case was another source of major concern. The Minister granted a lease that operated to the substantial detriment of the Band without proper consideration of the major concerns voiced by the Band. His decision was unreasonable.

facteurs touchent la détermination de cette norme, comme l'a exposé la Cour suprême du Canada dans *Pushpanathan*. Ces facteurs sont les clauses privatives, l'expertise du décideur, soit le ministre en l'espèce, l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause ainsi que la nature du problème (à savoir s'il s'agit d'une question de droit ou de fait). Tenant compte de ces facteurs, la Cour a conclu qu'il fallait faire preuve d'un niveau élevé de retenue judiciaire envers le ministre et que la norme de contrôle appropriée était celle de la décision raisonnable.

2) En décidant d'octroyer un bail ou non, le ministre avait une obligation double, l'une envers le titulaire du certificat de possession et l'autre envers la bande. La question est donc de savoir quels critères amèneront le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l'une des parties plutôt que de l'autre. La *Loi sur les Indiens* protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve. L'intention du Parlement était d'exiger que le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non membre de la bande, et à plus forte raison un non-Indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année. Le simple fait qu'une bande ait donné son accord pour qu'une personne occupe et utilise un lot sur la réserve ne peut vouloir dire que la bande a abandonné implicitement le droit que lui reconnaît le paragraphe 28(2) de la Loi de contrôler l'utilisation que fait du lot une personne qui n'est pas membre de la bande. Le ministre est tenu de donner plus de poids aux inquiétudes de la bande si l'on se rapproche du genre de bail qui tomberait sous le coup du paragraphe 28(2). En l'espèce, il ne s'est pas assuré que les inquiétudes de la bande au sujet de l'installation à long terme d'un lotissement de maisons préfabriquées étaient injustifiées ou minimales. Ces inquiétudes ont été écartées sans examen réel. La décision du ministre souffrait donc d'un vice irrémédiable. Il était déraisonnable pour le ministre de procéder de façon aussi précipitée à l'octroi d'un bail, qui était de toute manière rétroactif, alors qu'on n'avait même pas encore satisfait aux conditions de base portant sur les services d'égouts et d'alimentation en eau. En l'espèce, l'octroi rétroactif du bail était une autre source majeure d'inquiétudes. Le ministre a octroyé un bail causant un préjudice substantiel à la bande sans avoir examiné de façon adéquate les principales inquiétudes exprimées par la bande. Sa décision était déraisonnable.

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35(1).
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 20(1),(2), 24, 28, 37(2) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 2), 38(2) (as am. *idem*), 46(1), 58(3) (as am. *idem*, s. 8), 59(a) (as am. *idem*, s. 9), 60(1), 81 (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15), 82.

LOIS ET RÈGLEMENTS

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 sur les Indiens, L.R.C., (1985), ch. I-5, art. 20(1),(2), 24, 28, 37(2) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 2), 38(2) (mod., *idem*), 46(1), 58(3) (mod., *idem*, art. 8), 59a) (mod., *idem*, art. 9), 60(1), 81 (mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 15), 82.

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

APPLIED:

Boyer v. R., [1986] 2 F.C. 393; (1986), 26 D.L.R. (4th) 284; [1986] 4 C.N.L.R. 53; 65 N.R. 305 (C.A.); *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakai Indian Band* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.); *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

REFERRED TO:

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; *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.).

APPEAL from a Trial Division decision ((1998), 163 D.L.R. (4th) 353; [1999] 1 C.N.L.R. 258; 148 F.T.R. 142) upholding a decision by the Minister of Indian Affairs and Northern Development to grant a lease on an Indian reserve under subsection 58(3) of the *Indian Act* to develop a manufactured home park for the use of non-Indians. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Arthur Pape for appellants.
Robert J. McDonell for respondents.

SOLICITORS OF RECORD:

Pape & Salter, Vancouver, for appellants.
Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, for respondents.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[1] DÉCARY J.A.: This is an appeal from a judgment of the Trial Division reported at (1998), 163 D.L.R.

JURISPRUDENCE

DÉCISIONS APPLIQUÉES:

Boyer c. R., [1986] 2 C.F. 393; (1986), 26 D.L.R. (4th) 284; [1986] 4 C.N.L.R. 53; 65 N.R. 305 (C.A.); *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1999), 247 N.R. 350; 27 R.P.R. (3d) 157 (C.A.); *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817; (1999), 174 D.L.R. (4th) 193; 1 Imm. L.R. (3d) 1; 243 N.R. 22; *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982; (1998), 160 D.L.R. (4th) 193; 43 Imm. L.R. (2d) 117; 226 N.R. 201.

DÉCISIONS CITÉES:

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; *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.).

APPEL d'une décision de la Section de première instance ((1998), 163 D.L.R. (4th) 353; [1999] 1 C.N.L.R. 258; 148 F.T.R. 142), qui a confirmé la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien d'octroyer un bail sur une terre d'une réserve indienne en vertu du paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens* en vue de l'installation d'un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Arthur Pape pour les appelants.
Robert J. McDonell pour les intimés.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Pape & Salter, Vancouver, pour les appelants.
Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver, pour les intimés.

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

[1] LE JUGE DÉCARY, J.C.A.: Cet appel porte sur un jugement publié de la Section de première instance;

(4th) 353. The issue is the extent of the consideration that should be given by the Minister of Indian Affairs and Northern Development (the Minister) to the views and concerns of an Indian band when the Minister, under the authority of subsection 58(3) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 8] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 (the Act), leases for the benefit of an Indian the land of which that Indian is lawfully in possession.

[2] The appellants were Chief and Council of the Tsartlip Indian Band (the Band) at the times relevant to this appeal. They submit that the Minister, in the exercise of his discretion under subsection 58(3), owes a fiduciary duty both to the Indian who makes the application for lease (the locatee) and to the band and must, absent the consent of the band council, seek to “accommodate” both the interests of the locatee and those of the band, failing which he should refuse the application for lease. The “accommodation”, presumably, is to occur through negotiation with the two adverse parties leading to a mutually acceptable compromise. In the alternative, the appellants submit that in the circumstances the Minister failed to take the Band’s concerns into consideration and that as a result his decision is unreasonable.

[3] The Minister relies on the decision of this Court in *Boyer v. R.*, [1986] 2 F.C. 393 (C.A) to deny that any fiduciary duty is owed to the Band and submits that the Minister’s discretion is to be directed to the interests of the locatee. The Minister does acknowledge that he must give some consideration to the views of the Band, but he argues that he is not obligated to give the Band the upper hand in its dispute and litigation with the locatee. In the Minister’s view, the real point to all the Band’s submissions is that the consent of the Band Council to the lease is required, the very argument that was dismissed by the Court in *Boyer*.

[4] The answer to these conflicting views in the circumstances of this case lies somewhere in between the two extremes: the solution, it seems to me, is short of a fiduciary duty but under administrative law principles, short of requiring the consent of the Band Council. The words “band”, “band council” and “chief

(1998), 163 D.L.R. (4th) 353. La question en litige est la suivante: dans quelle mesure le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien (le ministre) doit-il prendre en considération les opinions et inquiétudes exprimées par une bande indienne lorsqu’il décide, en vertu du paragraphe 58(3) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 8] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 (la Loi), de louer au profit d’un Indien la terre dont ce dernier a la possession légitime?

[2] À l’époque pertinente en l’instance, les appelants étaient le chef et le conseil de la bande indienne Tsartlip (la bande). Ils soutiennent que, dans l’exercice du pouvoir discrétionnaire que lui confère le paragraphe 58(3), le ministre a une obligation fiduciaire vis-à-vis l’Indien qui fait une demande de bail (l’occupant) et vis-à-vis la bande, et qu’en l’absence du consentement du conseil de bande, il doit chercher à «concilier» les intérêts de l’occupant ainsi que ceux de la bande, à défaut de quoi il doit refuser d’octroyer le bail. La «conciliation» serait vraisemblablement obtenue par la négociation entre les parties menant à un compromis. Subsidiairement, les appelants soutiennent qu’en l’instance, le ministre n’a pas tenu compte des inquiétudes de la bande et que sa décision est donc déraisonnable.

[3] S’appuyant sur la décision de la Cour dans *Boyer c. R.*, [1986] 2 C.F. 393 (C.A.), le ministre soutient qu’il n’a aucune obligation fiduciaire vis-à-vis la bande et que son pouvoir discrétionnaire doit jouer en faveur des intérêts de l’occupant. Le ministre reconnaît devoir tenir compte du point de vue de la bande, mais soutient ne pas avoir l’obligation de donner raison à la bande dans son litige avec l’occupant. Selon le ministre, les prétentions de la bande s’appuient sur la nécessité d’obtenir le consentement du conseil de la bande pour l’octroi du bail; or, c’est justement cet argument que la Cour a rejeté dans *Boyer*.

[4] La réponse à ces opinions contradictoires en l’instance se trouve quelque part entre les deux extrêmes. À mon avis, la solution ne va pas jusqu’à créer une obligation fiduciaire et, selon les principes de droit administratif, elle ne va pas jusqu’à exiger le consentement du conseil de bande. Dans les présents

and council” are used interchangeably throughout these reasons as they are in the jurisprudence.

Relevant Statutory Provisions

[5] It will be useful at this stage to reproduce the text of the provision at issue, i.e. subsection 58(3):

58. . . .

(3) The Minister may lease for the benefit of any Indian, on application of that Indian for that purpose, the land of which the Indian is lawfully in possession without the land being designated.

as well as the text of other provisions I will be referring to in the course of these reasons, i.e. subsections 20(1) and (2), sections 24, 28, subsections 37(2) [as am. *idem*, s. 2], 38(2) [as am. *idem*], 46(1), paragraph 59(a) [as am. *idem*, s. 9] and subsection 60(1):

20. (1) No Indian is lawfully in possession of land in a reserve unless, with the approval of the Minister, possession of the land has been allotted to him by the council of the band.

(2) The Minister may issue to an Indian who is lawfully in possession of land in a reserve a certificate, to be called a Certificate of Possession, as evidence of his right to possession of the land described therein.

. . .

24. An Indian who is lawfully in possession of lands in a reserve may transfer to the band or another member of the band the right to possession of the land, but no transfer or agreement for the transfer of the right to possession of lands in a reserve is effective until it is approved by the Minister.

. . .

28. (1) Subject to subsection (2), any deed, lease, contract, instrument, document or agreement of any kind, whether written or oral, by which a band or a member of a band purports to permit a person other than a member of that band to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve is void.

(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 or to reside or otherwise exercise rights on a reserve.

. . .

motifs, comme dans la jurisprudence, les termes «bande», «conseil de bande» et «chef et conseil» sont utilisés indifféremment pour véhiculer la même notion.

Les dispositions légales pertinentes

[5] Il est utile de reproduire ici le texte de la disposition en cause, soit le paragraphe 58(3):

58. [. .]

(3) Le ministre peut louer au profit de tout Indien, à la demande de celui-ci, la terre dont ce dernier est en possession légitime sans que celle-ci soit désignée.

ainsi que le texte des autres dispositions auxquelles je me reporterai dans les présents motifs, soit les paragraphes 20(1) et (2), les articles 24 et 28, les paragraphes 37(2) [mod., *idem*, art. 2], 38(2) [mod., *idem*], 46(1), l’alinéa 59a) [mod., *idem*, art. 9] et le paragraphe 60(1):

20. (1) Un Indien n’est légalement en possession d’une terre dans une réserve que si, avec l’approbation du ministre, possession de la terre lui a été accordée par le conseil de la bande.

(2) Le ministre peut délivrer à un Indien légalement en possession d’une terre dans une réserve un certificat, appelé certificat de possession, attestant son droit de posséder la terre y décrite.

[. .]

24. Un Indien qui est légalement en possession d’une terre dans une réserve peut transférer à la bande, ou à un autre membre de celle-ci, le droit à la possession de la terre, mais aucun transfert ou accord en vue du transfert du droit à la possession de terres dans une réserve n’est valable tant qu’il n’est pas approuvé par le ministre.

[. .]

28. (1) Sous réserve du paragraphe (2), est nul un acte, bail, contrat, instrument, document ou accord de toute nature, écrit ou oral, par lequel une bande ou un membre d’une bande est censé permettre à une personne, autre qu’un membre de cette bande, d’occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve.

(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.

[. .]

37. . . .

(2) Except where this Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased nor an interest in them granted until they have been surrendered to Her Majesty pursuant to subsection 38(2) by the band for whose use and benefit in common the reserve was set apart.

38. . . .

(2) A band may, conditionally or unconditionally, designate, by way of a surrender to Her Majesty that is not absolute, any right or interest of the band and its members in all or part of a reserve, for the purpose of its being leased or a right or interest therein being granted.

. . .

46. (1) The Minister may declare the will of an Indian to be void in whole or in part if he is satisfied that

. . .

(d) the will purports to dispose of land in a reserve in a manner contrary to the interest of the band or contrary to this Act;

. . .

59. The Minister may, with the consent of the council of a band,

(a) reduce or adjust the amount payable to Her Majesty in respect of a transaction affecting absolutely surrendered lands, designated lands or other lands in a reserve or the rate of interest payable thereon; and

. . .

60. (1) The Governor in Council may at the request of a band grant to the band the right to exercise such control and management over lands in the reserve occupied by that band as the Governor in Council considers desirable.

The Facts

[6] The respondents Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen and George Wilson (the locatees) are all members of the Tsartlip Indian Band. They share the right to possession of lots 5 and 5A in the South Saanich Indian Reserve No. 1 (the reserve) on Vancouver Island, pursuant to two Certificates of Possession issued under section 20 of the *Indian Act*. These Certificates were issued to the locatees by the Band with the approval of the Minister. They give the locatees rights of exclusive

37. [. . .]

(2) Sauf disposition contraire de la présente loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail ou faire l'objet d'un démembrement que si elles sont cédées conformément au paragraphe 38(2) à Sa Majesté par la bande à l'usage et au profit communs de laquelle la réserve a été mise de côté.

38. [. . .]

(2) Aux fins de les donner à bail ou de les démembrer, une bande peut désigner par voie de cession à Sa Majesté, avec ou sans conditions, autre qu'à titre absolu, tous droits de la bande, et ceux de ses membres, sur tout ou partie d'une réserve.

[. . .]

46. (1) Le ministre peut déclarer nul, en totalité ou en partie, le testament d'un Indien, s'il est convaincu de l'existence de l'une des circonstances suivantes:

[. . .]

(d) le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi;

[. . .]

59. Avec le consentement du conseil d'une bande, le ministre peut:

a) réduire ou ajuster le montant payable à Sa Majesté à l'égard de toute opération touchant des terres cédées à titre absolu, des terres désignées ou toute autre terre située dans une réserve, ou le taux d'intérêt payable à cet égard;

[. . .]

60. (1) À la demande d'une bande, le gouverneur en conseil peut lui accorder le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve qu'elle occupe, le contrôle et l'administration qu'il estime désirables.

Les faits

[6] Les intimés Blaine Wilson, Tracy Wilson, Genevieve Elliott, Lavina Olsen et George Wilson (les occupants), sont tous membres de la bande indienne Tsartlip. Ils détiennent collectivement le droit d'occuper les lots 5 et 5A de la réserve indienne n° 1 de South Saanich (la réserve), sur l'île de Vancouver, par suite de deux certificats de possession délivrés en vertu de l'article 20 de la *Loi sur les Indiens*. Ces certificats ont été délivrés aux occupants par la bande, avec l'approbation du ministre. Ils leur donnent le

possession and occupation of the lots. The locatees are also shareholders of the respondent Clydesdale Estate Holdings Ltd. (Clydesdale Estate).

[7] The locatees intended to develop through Clydesdale Estate a manufactured home park on Lot 5A for the use of non-Indians. They came to the Band Council on July 27, 1995. Band Council members advised them of problems associated with such a proposal, including the shortage of land for Band members' own housing, limits on the reserve's water and sewer capacity, the need for overall land-use planning on the reserve, the dangers of setting a precedent with such developments on Certificate of Possession lands, and the longstanding opposition of Band members to this particular type of commercial development on their reserve.

[8] The locatees were advised to bring the matter to a Band meeting scheduled for August. They attended the Band meeting on August 9, 1995 and another Band Council meeting on September 14, 1995. They were advised not to proceed.

[9] Later on, first by a letter from Chief and Council dated October 4, 1995, then at a meeting of the Council on October 23, 1995, then by another letter of a newly elected Band Council on November 9, 1995 and finally at a meeting of that new Band Council on November 30, 1995, they were advised to put their proposal on hold.

[10] Contrary to this consistent advice, the locatees arranged to have 25 manufactured homes placed on Lot 5A, between December 1995 and the end of January 1996. The homes were placed without any permit or lease being granted under the Act, or any authorization for the storage, treatment or discharge of sewage. This type of arrangement does not appear to be unusual on a reserve; it is an unauthorized arrangement referred to as a buckshee arrangement. The uncontradicted evidence is to the effect that Clydesdale Estate was leasing or intending to lease the homes to non-Natives (see, *infra*, paragraph 58).

droit exclusif de possession et d'occupation des lots. Les occupants sont aussi actionnaires de l'intimée Clydesdale Estate Holdings Ltd. (Clydesdale Estate).

[7] L'intention des occupants était d'installer, par le biais de Clydesdale Estate, un lotissement de maisons préfabriquées à l'usage de non-Indiens sur le lot 5A. Ils ont rencontré le conseil de bande le 27 juillet 1995. Les membres du conseil de bande ont fait état des problèmes liés à cette idée, notamment: la pénurie de terrains pour le logement des membres de la bande eux-mêmes, la capacité limitée de la réserve en alimentation d'eau et en égouts, la nécessité de planifier de façon globale l'utilisation des terres de la réserve, les dangers de créer un précédent en autorisant de tels lotissements sur les terres détenues en vertu de certificats de possession, et l'opposition traditionnelle des membres de la bande à ce type de lotissement commercial sur la réserve.

[8] On a suggéré aux occupants de soulever la question à une réunion de la bande prévue en août. Ils ont assisté à la réunion de la bande du 9 août 1995 ainsi qu'à une autre réunion, tenue le 14 septembre 1995. On leur a conseillé de ne pas donner suite à leur projet.

[9] Par la suite, on leur a conseillé de surseoir à l'exécution de leur projet, d'abord dans une lettre du chef et du conseil datée du 4 octobre 1995, ensuite lors d'une réunion du conseil le 23 octobre 1995, par une lettre du conseil de bande nouvellement élu le 9 novembre 1995, et finalement lors d'une réunion du nouveau conseil de bande le 30 novembre 1995.

[10] Nonobstant ces avis convergents, les occupants ont fait installer 25 maisons préfabriquées sur le lot 5A entre le mois de décembre 1995 et la fin de janvier 1996. Ces maisons ont été installées sans qu'il y ait eu délivrance de permis ou de bail en vertu de la Loi, ainsi que sans autorisation quant à l'emmagasinement, le traitement ou le déversement des eaux usées. Ce genre de situation ne semble pas être inhabituel sur les réserves; c'est une forme d'occupation non autorisée connue sous le nom d'entente buckshee. La preuve non contredite indique que Clydesdale Estate louait ou voulait louer les maisons en question à des non-Indiens (voir plus loin, au paragraphe 58).

[11] In early February 1996, a relative of one of the locatees contacted Mr. Gailus, a senior land management and leasing officer with the Department of Indian Affairs and Northern Development (the Department). The relative was requesting a meeting to discuss the procedure for leasing land under subsection 58(3) of the Act.

[12] On February 15, 1996, Mr. Gailus met with the locatees and their legal counsel. The locatees advised Mr. Gailus that they wished to bring the development into compliance with the Act through a lease agreement with Clydesdale Estate under subsection 58(3). They also advised Mr. Gailus that the Chief and Council of the Band opposed the development of a manufactured home park on lots 5 and 5A. The locatees were then given materials which outline the necessary procedures for leasing locatee land.

[13] On March 19, 1996, counsel for the Band reminded Mr. Gailus of the Band's understanding that the Department's policy "is not to approve any application for development on reserve land without having first obtained the consent of the Council" and advised Mr. Gailus "that the Band wishes to be involved in the processing of this proposed development application" (A.B., Vol. 3, at page 570).

[14] On March 21, 1996, Mr. Gailus assured the Band that all factors, including the views of the Band Council, would be examined in determining whether to approve the application for lease.

[15] On April 3, 1996, the locatees filed their application for lease, noting that the lease was to commence April 5, 1996.

[16] On April 23, 1996, the Band Council adopted a resolution requesting the Department "to act in their legal capacity to have this mobile home park development stopped and forthwith removed from the Tsartlip Reserve" (A.B., Vol. 3, at page 588). The Band Council met the next day with Mr. Montour, the Department's Associate Regional Director of the B.C.

[11] Au début de février 1996, le parent d'un des occupants est entré en contact avec M. Gailus, agent principal de la gestion et de la location des terres du ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien (le Ministère). Cette personne désirait organiser une réunion pour discuter de la procédure à suivre pour octroyer un bail en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi.

[12] Le 15 février 1996, M. Gailus a rencontré les occupants et leur avocat. Les occupants ont indiqué à M. Gailus qu'ils voulaient rendre leur lotissement conforme à la Loi par le biais d'une entente de location avec Clydesdale Estate, conclue en vertu du paragraphe 58(3). Ils ont aussi informé M. Gailus que le chef et le conseil de bande s'opposaient au projet d'installer un lotissement de maisons préfabriquées sur les lots 5 et 5A. On a alors remis aux occupants la documentation qui indique la procédure à suivre pour louer les terres en question.

[13] Le 19 mars 1996, l'avocat de la bande a rappelé à M. Gailus qu'à leur avis, la politique du Ministère était [TRADUCTION] «de ne pas approuver une demande de lotissement sur les terres de la réserve sans avoir d'abord obtenu le consentement du conseil». Il a déclaré à M. Gailus que [TRADUCTION] «la bande désire participer à l'examen de la demande de lotissement» (D.A., vol. 3, à la page 570).

[14] Le 21 mars 1996, M. Gailus a confirmé à la bande que tous les facteurs en cause, y compris le point de vue du conseil de bande, seraient examinés avant qu'il ne soit décidé d'approuver ou non la demande d'octroi d'un bail.

[15] Le 3 avril 1996, les occupants ont déposé leur demande de bail, indiquant que l'entrée en vigueur était prévue pour le 5 avril 1996.

[16] Le 23 avril 1996, le conseil de bande a adopté une résolution demandant au Ministère [TRADUCTION] «d'utiliser son autorité en vertu de la loi pour arrêter l'installation de maisons préfabriquées et les faire enlever de la réserve Tsartlip» (D.A., vol. 3, à la page 588). Le lendemain, le conseil de bande a rencontré le directeur régional adjoint du Ministère

Region.

[17] On May 6, 1996, Mr. Gailus wrote to the Band Council, stating his understanding “that there had been an on-going dispute between Chief and Council and the locatees” regarding the development and suggesting “that all the parties meet in person . . . in order that you might make representations regarding any concerns which you have with this proposal” (A.B., Vol. 3, at page 590).

[18] On May 23, 1996, the Band Council wrote to the Minister directly, apprising him of its opposition to the development.

[19] On July 16, 1996, the Minister, in his reply to the May 23, 1996, letter, acknowledged that “[i]n determining whether to enter into a lease with a developer, my department must examine all legitimate concerns, including those of Chief and Council” (A.B., Vol. 2, at page 343).

[20] Throughout this period, extensive work, study and analysis was dedicated by the Department to the lease and to the development generally and, in particular, to the environmental issues of sewer and water services. Officials of the Department continuously corresponded with the Band Council keeping it abreast of all developments and seeking its input.

[21] In the second week of November 1996, the locatees cleared brush and trees from Lot 5 and constructed a new gravel road into the property. This was done without any notice to the Band Council or any authorization under the Act.

[22] On December 5, 1996, the Band Council wrote again to Mr. Gailus, requesting that no leases be signed without its consent (A.B., Vol. 3, at page 683).

[23] Starting in November, 1996, the Band Council took steps to develop a zoning by-law that would

pour la région de la Colombie-Britannique, M. Montour.

[17] Le 6 mai 1996, M. Gailus a écrit au conseil de bande, indiquant qu’il était informé [TRADUCTION] «qu’il y avait un différend entre les chef et conseil d’une part et les occupants d’autre part», au sujet du lotissement et suggérant que [TRADUCTION] «toutes les parties se rencontrent [. . .] afin que vous puissiez présenter vos inquiétudes face à ce projet» (D.A., vol. 3, à la page 590).

[18] Le 23 mai 1996, le conseil de bande a écrit directement au ministre pour l’informer qu’il s’opposait à ce lotissement.

[19] Dans sa réponse du 16 juillet 1996 à la lettre du 23 mai, le ministre a déclaré [TRADUCTION] «qu’en cherchant à déterminer s’il y a lieu de signer un bail avec le promoteur, le Ministère doit examiner toutes les inquiétudes légitimes, y compris celles du chef et du conseil» (D.A., vol. 2, à la page 343).

[20] Tout au long de cette période, le Ministère a fait des travaux, des études et des analyses importantes au sujet du bail ainsi que du lotissement, portant notamment sur les questions environnementales liées aux services d’eau et d’égouts. Les fonctionnaires du Ministère ont correspondu de façon continue avec le conseil de bande, afin de l’informer de la progression du dossier et d’obtenir sa participation.

[21] Durant la deuxième semaine de novembre 1996, les occupants ont défriché le lot 5 et ont construit une nouvelle route de gravier pour accéder à la propriété. Ces travaux ont été faits sans aucun préavis au conseil de bande et sans aucune autorisation en vertu de la Loi.

[22] Le 5 décembre 1996, le conseil de bande a écrit à nouveau à M. Gailus pour lui demander de ne signer aucun bail sans son consentement (D.A., vol. 3, à la page 683).

[23] Dès novembre 1996, le conseil de bande a pris des mesures pour rédiger un règlement de zonage afin

ensure the orderly and well-planned development of the reserve. The Band Council had been advised for some 15 years by Department officials and various consultants that that would be the best way to proceed, but until then the Band Council had resisted the idea, being of the view, as was expressed by Chief Simon Smith at a meeting held on November 30, 1995, that “we do not have to have a by-law, we trust people and respect the land” (A.B., Vol. 2, at page 330).

[24] The Minister not having assisted in the removal of the unauthorized development when requested, the Band Council approved a zoning by-law on December 23, 1996, pursuant to section 81 [as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15] of the Act. The by-law was not disallowed by the Minister and therefore, pursuant to section 82 of the Act, it became legally effective on January 31, 1997 (A.B., Vol. 2, at page 429).

[25] The by-law essentially designates the reserve as a Special Development Zone, and prohibits the use or development of reserve land for commercial activities that would substantially change or impact on land in the reserve, unless the Band Council approves such use or development as an appropriate use of land, with or without terms and conditions, after receiving an application from the proponent and advice from a Zoning Advisory Committee. The by-law provides, *inter alia*, for non-conforming uses: a use of land that was lawful when the by-law came into force could be continued as a non-conforming use (A.B., Vol. 2, at page 427).

[26] There has been no legal challenge to the by-law. It is understood that “[t]he coming into force of [the] by-law pursuant to section 82 of the *Indian Act* is not an expression of opinion by the Minister that the by-law is valid” (A.B., Vol. 2, at page 430).

[27] The locatees did not apply for or receive approval under the by-law for their development.

que les travaux de mise en valeur sur la réserve se fassent de façon ordonnée et planifiée. Il y avait déjà une quinzaine d’années que les fonctionnaires du Ministère et divers consultants avaient prévenu le conseil de bande que c’était là la meilleure façon d’agir. Le conseil de bande n’avait pas voulu donner suite à cette idée jusqu’alors, étant d’avis, comme l’a déclaré le chef Simon Smith lors d’une réunion tenue le 30 novembre 1995, que [TRADUCTION] «nous n’avons pas besoin d’un règlement, car nous faisons confiance aux gens et respectons la terre» (D.A., vol. 2, à la page 330).

[24] Comme le ministre n’avait pas procédé au démantèlement du lotissement non autorisé lorsqu’on le lui a demandé, le conseil de bande a adopté un règlement de zonage le 23 décembre 1996, en vertu de l’article 81 [mod. par L.R.C. (1985) (1^{er} suppl.), ch. 32, art. 15] de la Loi. Comme ce règlement n’a pas été désavoué par le ministre, il est entré en vigueur le 31 janvier 1997, conformément à l’article 82 de la Loi (D.A., vol. 2, à la page 429).

[25] Pour l’essentiel, le règlement transforme la réserve en zone spéciale de développement, et il interdit le lotissement des terres de la réserve à des fins commerciales lorsque cela aurait des conséquences importantes sur les terres de la réserve, sauf si le conseil de bande considère qu’un tel lotissement est une utilisation appropriée des terres et l’approuve, avec ou sans conditions, après avoir reçu une demande du promoteur, ainsi que l’avis de son comité consultatif de zonage. Le règlement prévoit aussi certaines utilisations non conformes, notamment celles qui étaient autorisées au moment où le règlement est entré en vigueur (D.A., vol. 2, à la page 427).

[26] Personne n’a contesté la validité du règlement. On doit comprendre que [TRADUCTION] «l’entrée en vigueur du règlement, conformément à l’article 82 de la *Loi sur les Indiens*, ne constitue pas un avis du ministre quant à sa validité» (D.A., vol. 2, à la page 430).

[27] Les occupants n’ont ni sollicité ni obtenu une approbation pour leur lotissement en vertu du règlement.

[28] On March 21, 1997, the Band Council wrote to the Department summarizing the reasons why a lease should not be issued for the development:

First, the proponent have no secure arrangements in place for water or sewer services:

(1) As Wright Parry pointed out in the Report prepared for the Band, the proposed sewer treatment system is not acceptable: their conclusion of this agrees with the conclusion reached DPW officials.

(2) Wright Parry have also said that it would not be prudent to agree to a long-term connection to the Band's water system until we are certain that this will not increase existing problem, including the dangerously low pressure in some parts of the reserve. Therefore we will be writing to the proponents next week, advising them when they will be disconnected from the Band's water system. The proponents have no alternatives source of safe or reliable water.

(3) The proponents have not provided a detailed or reliable proposal for dealing with storm water disposal.

Second, in considering the requested lease, DIAND should be balancing whatever duty it owes to the [Certificate of Possession] holders with its fiduciary duties to the Band as a whole. This development is contrary to the interests of the Band as a whole:

(1) The development will cause harm to neighboring parts of the reserve, because of sewage and runoff problems.

(2) The proponents have known from the beginning that they were going ahead contrary to the wishes of the community and the Chief and Council.

(3) This development is not consistent with the Band's most recent proposed community plan. That plan is now being reviewed. This development is large, and will have a big impact on other parts of the reserve. It should not be authorized until it is clear that it is consistent with sound planning and management of the reserve as a whole.

(4) DIAND has for years been suggesting that the Band should be involved in planning and land management decisions for our reserve, through by-laws. We now have the Tsartlip Zoning By-law in place, which establishes a way to ensure that proposals like this one will be consistent with the interest of the whole Band. The proponents have not made application or received approval as required by that by-law. We want DIAND to respect and support our by-law.

[28] Le 21 mars 1997, le conseil de bande a écrit au Ministère pour résumer les motifs justifiant le refus d'octroyer un bail pour le lotissement en cause:

[TRADUCTION] Premièrement, le promoteur n'a pris aucune disposition sérieuse pour les services d'eau et d'égout:

1) Comme l'indique Wright Parry dans le rapport qu'il a préparé pour la bande, le système de traitement des eaux usées proposé n'est pas acceptable. Cette conclusion recoupe celle à laquelle sont arrivés les fonctionnaires du MTP.

2) Wright Parry a aussi déclaré qu'il ne serait pas prudent d'autoriser un raccordement à long terme au système d'alimentation en eau de la bande, à moins d'être certain que ceci n'aggraverait pas les problèmes existants, y compris la pression dangereusement basse dans certaines parties de la réserve. Par conséquent, nous allons écrire aux promoteurs la semaine prochaine, leur indiquant à quelle date nous allons mettre fin à leur raccordement au système d'alimentation en eau de la bande. Les promoteurs n'ont aucune autre source fiable d'eau potable à leur disposition.

3) Les promoteurs n'ont pas fourni un projet détaillé ou fiable visant la disposition des eaux pluviales.

Deuxièmement, dans son examen de la demande de bail, le MAINC devrait pondérer son obligation vis-à-vis les détenteurs des certificats de possession avec son obligation fiduciaire envers la bande dans son ensemble. Ce lotissement va à l'encontre des intérêts de la bande dans son ensemble:

1) Le lotissement va causer des dommages aux parties adjacentes de la réserve, à cause des problèmes liés au traitement des eaux usées et au ruissellement.

2) Les promoteurs savent depuis le début que leur projet est contraire aux souhaits de la communauté, ainsi qu'à ceux du chef et du conseil.

3) Ce lotissement ne cadre pas avec le récent plan communautaire proposé pour la bande. Ce plan est actuellement en voie de révision. Ce lotissement est grand, et il aura un impact important sur d'autres parties de la réserve. On ne devrait pas l'autoriser à moins qu'il ne soit clair qu'il cadre avec une planification et une gestion saine visant toute la réserve.

4) Pendant des années, le MAINC a suggéré à la bande de s'impliquer dans la planification et la gestion des terres de la réserve en adoptant des règlements. Nous avons maintenant un règlement de zonage de la réserve Tsartlip, règlement qui permet d'assurer que des propositions de ce type cadrent avec les intérêts de toute la bande. Les promoteurs n'ont pas fait la demande et ils n'ont pas obtenu l'autorisation exigée par ce règlement. Nous voulons que le MAINC respecte et appuie notre règlement.

(5) These last two matters are of special importance because our reserve was set aside under Treaty, as the village for the use of our Band's members.

Third, this whole development is the subject of litigation. An interlocutory injunction has been granted, but temporarily suspended. We suggest that DIAND should not consider granting a lease now, while this matter is before the Court, because the Band is asking the Supreme Court of British Columbia to grant a permanent injunction. [A.B., Vol. 2, at pp.485-486.]

[29] On April 10, 1997, the Department replied to the March 21, 1997, letter in the following terms:

Thank you for your letter of March 21, 1997 concerning the proposed lease of Lots 5 and 5A. Block 6 on the South Saanich reserve. We have read with interest the comments received from Wright Parry and will incorporate these comments and concerns into our assessment under the *Canadian Environmental Assessment Act (CEAA)*.

In relation to the servicing issues raised in your letter, I have the following comments:

- 1) The proponent has submitted a modified proposal which has addressed those concerns outlined in the correspondence received from our engineers in Public Works. DIAND has proposed that the proponent demonstrate the feasibility of the proposed sewage treatment system prior to any decision regarding issuance of a permit under the *Indian Reserve Waste Disposal Regulations (IRWDR)*. I enclose for your reference, copies of subsequent correspondence related to that proposal.
- 2) In regard to water servicing issue, the proponents have been advised that it is their responsibility to ensure that potable water is provided to the subject site. Investigations have been carried out at the site, and have found sufficient water pressure. Our engineers are of the view that the addition of 41 manufactured homes to the Tsartlip band system would not lead to an increase in an already existing problem.
- 3) The issue of stormwater disposal also has been addressed. The proponents have presented a concept for dealing with increased stormwater which may result from their development. Before DIAND will execute a lease, as a matter of practice, we do not require a detailed plans. Detailed plans are however necessary prior to DIAND consenting to construction of such works.

I have difficulty accepting your premise that this development would be detrimental to the band as a whole. Section 58(3) of the *Indian Act* clearly allows the holder of a

5) Ces deux questions sont d'une grande importance, étant donné que notre réserve a été établie en vertu d'un traité comme le lieu de résidence des membres de la bande.

Troisièmement, ce lotissement fait l'objet d'un litige. L'injonction interlocutoire qui avait été accordée a été suspendue temporairement. Nous croyons que le MAINC ne devrait pas songer à octroyer un bail alors que la question est devant les tribunaux, la bande ayant demandé à la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'accorder une injonction permanente. [D.A., vol. 2, aux pp. 485 et 486.]

[29] Le 10 avril 1997, le ministère a répondu à la lettre du 21 mars 1997 de la façon suivante:

[TRADUCTION] Je vous remercie de votre lettre du 21 mars 1997 au sujet du bail proposé pour les lots 5 et 5A, bloc 6, de la réserve de South Saanich. C'est avec intérêt que nous avons pris connaissance des commentaires de Wright Parry et nous tiendrons compte de ces commentaires et inquiétudes dans notre évaluation menée en vertu de la *Loi canadienne sur l'évaluation environnementale (LCEE)*.

Quant aux questions que vous soulevez dans votre lettre au sujet des services, je veux faire les commentaires suivants:

- 1) Le promoteur a présenté un projet modifié qui tient compte des inquiétudes mentionnées dans la correspondance que nous avons reçue des ingénieurs de Travaux publics. Le MAINC a exprimé l'avis que le promoteur devait démontrer la faisabilité du système de traitement des eaux usées qu'il propose avant toute décision au sujet de la délivrance d'un permis en vertu du *Règlement sur la destruction des déchets dans les réserves indiennes (RDDRI)*. J'annexe à votre intention copie de la correspondance ultérieure au sujet de cette proposition.
- 2) Quant à la question de l'alimentation en eau, les promoteurs ont été informés qu'ils devaient assumer la responsabilité d'assurer l'alimentation en eau potable sur le site en question. Un examen mené sur les lieux a démontré qu'il y avait suffisamment de pression. Nos ingénieurs sont d'avis que l'ajout de 41 maisons préfabriquées au système de la bande indienne Tsartlip ne viendrait pas aggraver un problème existant.
- 3) La question de l'évacuation des eaux pluviales a aussi fait l'objet d'un examen. Les promoteurs ont présenté un concept pour faire face à l'augmentation des eaux pluviales qui pourrait résulter de leur lotissement. En général, le MAINC n'exige pas des plans détaillés avant d'octroyer un bail. Toutefois, de tels plans détaillés sont nécessaires avant que le MAINC n'autorise les travaux.

J'ai une certaine difficulté à accepter votre prémisse que ce lotissement serait contraire au bien-être général de la bande. Il est clair que le paragraphe 58(3) de la *Loi sur les Indiens*

certificate of possession to lease his land, without the consent of the Council of the band. Recent jurisprudence has upheld this right. However, as a matter of policy, DIAND has sought the input of the Chief and Council to the proposed development on reserve.

Although DIAND does not condone the actions of the locatees in constructing a part of the proposed leasehold without the consent of either the council of the day or the department, we are of the view that the alternatives to this project are untenable. Specifically, the removal of the current development or continued existence of this development without a lease in place are not viable options. It is not the policy of the department to dictate the removal of what is considered to be a "buckshee" arrangement, where those individuals present are there with the consent of the locatees.

The issuance of a lease represents a positive step to the department in the protection of the environment and the interests of the First Nation as a whole. In consideration of the issuance of the lease, the department has sought to ensure that the proponent has considered all environmental impacts of the proposed development, as well as the current development.

The department acknowledges that this project is not supported by the Chief and Council of the First Nation. However, the department has sought through an open environmental assessment process to consider and, where appropriate, to have the proponent address, the concerns raised by Chief and Council. These concerns will be addressed in our screening decision under CEEA.

In reference to your position regarding your by-law, the proponent has been made aware that its development may contravene the zoning by-law. However, I bring to your attention the fact that the proposed lease has always been contemplated to be April 1, 1996; which preceded the enactment of the by-law. Moreover, DIAND is not in a position to enforce a by-law enacted by a First Nation.

Finally, the issue of the Douglas Treaty has been raised. To apply the wording of the Douglas Treaty as widely as you propose would not allow any economic ventures on many of the reserves on Vancouver Island, and would in fact lead to a nullification of the four existing leases that are in place on the South Saanich reserve. It has been the policy of DIAND to interpret the Douglas Treaty liberally in order to allow for economic ventures on reserve, which could not have been foreseen in 1852. [A.B., Vol. 2, at pp. 487-488.]

[30] On May 1, 1997, the lease for lots 5 and 5A was issued to Clydesdale Estate. The lease was made

autorise le détenteur d'un certificat de possession à louer ses terres sans le consentement du Conseil de bande. La jurisprudence récente a confirmé ce droit. Toutefois, la politique du MAINC est d'obtenir le point de vue du chef et du conseil au sujet de tout lotissement proposé sur une réserve.

Bien que le MAINC n'appuie aucunement la construction par les occupants d'une partie du lotissement proposé sans le consentement du conseil d'alors ou du ministère, nous sommes d'avis que les options de rechange proposées ne sont pas envisageables. Notamment, les options de démantèlement du lotissement actuel ou son existence continue sans un bail ne nous semblent pas viables. Le Ministère n'a pas comme politique de dicter le démantèlement d'un lotissement en vertu d'une entente «buckshee», lorsque les personnes en cause ont le consentement des occupants.

Du point de vue du Ministère, la délivrance d'un bail est une étape positive dans la protection de l'environnement et des intérêts de la Première nation dans son ensemble. Comme condition de l'octroi du bail, le Ministère a cherché à s'assurer que le promoteur tienne compte de tous les effets environnementaux du lotissement actuel et proposé.

Le Ministère reconnaît que ce projet n'a pas l'appui du chef et du conseil de la Première nation. Toutefois, le Ministère a utilisé un processus d'évaluation environnementale ouvert pour examiner les inquiétudes présentées par le chef et le conseil et, au besoin, pour obtenir du promoteur qu'il en tienne compte. Ces inquiétudes seront prises en considération dans notre décision préliminaire en vertu de la LCEE.

Au sujet de la position que vous prenez par rapport à votre règlement, le promoteur a été informé que son lotissement pouvait contrevenir au règlement de zonage. Je veux toutefois attirer votre attention sur le fait qu'il a toujours été prévu que le bail en question entre en vigueur le 1^{er} avril 1996, date qui est antérieure à l'adoption de votre règlement. De plus, le MAINC ne peut appliquer un règlement adopté par une Première nation.

Finalement, on a soulevé la question du traité Douglas. Si on devait interpréter les termes du traité Douglas aussi largement que vous le proposez, il ne pourrait y avoir aucune activité économique sur de nombreuses réserves de l'île de Vancouver et, en fait, il faudrait alors révoquer les quatre ententes de location qui existent présentement sur la réserve de South Saanich. Le MAINC a comme politique d'interpréter le traité Douglas assez largement afin de permettre la tenue d'activités économiques sur la réserve, qu'on n'aurait pas pu prévoir en 1852. [D.A., vol. 2, aux p. 487 et 488.]

[30] Un bail portant sur les lots 5 et 5A a été octroyé à Clydesdale Estate le 1^{er} mai 1997. Le bail

to operate retroactively from April 1, 1996 and it was granted for a term of 18 months, expiring September 30, 1997 (A.B., Vol. 1, at page 52).

[31] Clauses 2.2 and 2.3 of the lease provide:

2.2 The Minister shall have the option to extend the term for a further period, if the Minister has determined that there is adequate sewer and water service available to the Premises.

2.3 If the Minister has determined there is adequate sewer and water service available to the Premises, the term of the Lease shall not exceed 24 years, 11 months and will expire on February 28, 2021. [A.B., Vol. 1, at p. 53.]

and Clause 12.6 requires the lessee,

. . . within ninety (90) days of the execution of this Lease, [to] provide the Minister with a detailed stormwater management plan. [A.B., Vol. 1, at p. 61.]

[32] The sole use under the lease is that permitted by Clause 4.1:

. . . the operation of a manufactured home park for residential single family dwelling. . . [A.B., Vol. 1, at p. 54.]

and Clause 14.1 ensures “compliance with laws” in the following terms:

The Lessee will at its expense observe and perform all of its obligations and all matters and things necessary or expedient to be observed or performed by it by virtue of any applicable law, statute, by-law, ordinance, regulation or lawful requirement of the federal, provincial or municipal government or authority, the Band Council or any public utility company lawfully acting under statutory power. [A.B., Vol. 1, at p. 62.]

Fiduciary obligation

[33] This Court, in *Boyer, supra*, has ruled that the Crown, when acting under subsection 58(3), is under no fiduciary obligation to the Band. The relevant passage from Marceau J.A.’s reasons is as follows (at pages 405-406):

entraint en vigueur rétroactivement le 1^{er} avril 1996 et portait sur une période de 18 mois allant jusqu’au 30 septembre 1997 (D.A., vol. 1, à la page 52).

[31] Les clauses 2.2 et 2.3 du bail prévoient que:

[TRADUCTION]

2.2 Le ministre a l’option de prolonger le bail pour une période additionnelle, s’il est convaincu que les lieux sont pourvus de services d’égout et d’alimentation en eau adéquats.

2.3 Si le ministre est convaincu que les lieux sont pourvus de services d’égout et d’alimentation en eau adéquats, la durée totale du bail ne dépassera pas 24 ans et 11 mois, et il arrivera à échéance le 28 février 2021. [D.A., vol. 1, à la p. 53.]

La clause 12.6 prévoit que le titulaire du bail

[TRADUCTION] [. . .] devra fournir au ministre un plan détaillé pour la gestion des eaux pluviales, dans les quatre-vingt-dix (90) jours de la signature du bail. [D.A., vol. 1, à la p. 61.]

[32] La seule utilisation autorisée en vertu du bail est prévue à la clause 4.1:

[TRADUCTION] [. . .] l’exploitation d’un lotissement de maisons préfabriquées unifamiliales à des fins résidentielles [. . .] [D.A., vol. 1, à la p. 54.]

et la clause 14.1 assure de la façon suivante le «respect de la réglementation»:

[TRADUCTION] Le titulaire du bail devra assumer les frais liés au respect et à l’exécution de toutes ses obligations, et prendre toutes les mesures nécessaires ou utiles à leur respect et à leur exécution en vertu de toute loi, de tout règlement, de toute ordonnance ou de toute exigence légale imposée par les gouvernements fédéral, provinciaux ou municipaux, ainsi que par le conseil de bande ou par toute compagnie de services publics qui agit en vertu d’une loi. [D.A., vol. 1, à la p. 62.]

L’obligation fiduciaire

[33] Dans *Boyer*, précité, la Cour a jugé que la Couronne n’était soumise à aucune obligation fiduciaire envers la bande lorsqu’elle exerçait le pouvoir conféré par le paragraphe 58(3). Le passage pertinent des motifs du juge Marceau, J.C.A. est rédigé comme suit (aux pages 405 et 406):

I will say first that I have some difficulty in understanding how that submission can have a real role to play in the context of the action as instituted. The relief sought is not damages but a declaration that the lease is null and of no effect. I fail to see how the breach of a fiduciary duty on the part of the Minister in entering into a contract could have the effect of nullifying the contract itself when all legal requirements for its execution have been complied with. But in any event, I simply do not think that the Crown, when acting under subsection 58(3), is under any fiduciary obligation to the Band. The *Guerin* case was concerned with unallotted reserve lands which had been surrendered to the Crown for the purpose of a long term lease or a sale under favourable conditions to the Band, and as I read the judgment it is because of all of these circumstances that a duty, in the nature of a fiduciary duty, could be said to have arisen: indeed, it was the very interest of the Band with which the Minister had been entrusted as a result of the surrender and it was that interest he was dealing with in alienating the lands. When a lease is entered into pursuant to subsection 58(3), the circumstances are different altogether: no alienation is contemplated, the right to be transferred temporarily is the right to use which belongs to the individual Indian in possession and no interest of the Band can be affected (I repeat that of course I am talking about interest in a technical and legal sense; it is obvious that morally speaking the Band may always be concerned by the behaviour and attitude of its members). In my view, when he acts under subsection 58(3), the duty of the Minister is, so to speak, only toward the law: he cannot go beyond the power granted to him, which he would do if, under the guise of a lease, he was to proceed to what would be, for all practical purposes, an alienation of the land (certainly not the case here, the lease being for a term of 21 years with no special renewal clause); and he cannot let extraneous consideration enter into the exercise of his discretion, which would be the case if he was to take into account anything other than the benefit of the Indian in lawful possession of the land and at whose request he is acting. The duty of the Minister is simply not toward the Band. [My emphasis.]

[34] Counsel for the appellants was unable to refer the Court to any authority for his proposition that there exists a fiduciary duty, either to the band or to a member of the band or to both in cases concerning the management by the Minister of land in a reserve. Although the courts, and notably the Supreme Court of Canada, have made wide-ranging pronouncements regarding the special trust relationship between the

Je dirai tout d'abord que je saisis difficilement la pertinence réelle de cet argument dans le contexte de l'action telle qu'intentée. Le remède recherché ne consiste pas en une condamnation à des dommages-intérêts mais en un jugement déclaratoire portant que le bail est nul et ne doit avoir aucun effet. Je ne vois pas de quelle façon le manquement du Ministre à ses obligations de fiduciaire dans la conclusion d'un contrat rendrait nul le contrat lui-même alors que toutes les exigences juridiques relatives à sa passation ont été remplies. Quoi qu'il en soit, je ne crois tout simplement pas que la Couronne soit soumise à des obligations de fiduciaire lorsqu'elle exerce le pouvoir conféré par le paragraphe 58(3). Dans l'affaire *Guerin*, il était question de terrains non attribués faisant partie d'une réserve, terrains qui avaient été cédés à la Couronne afin qu'elle consente à leur sujet un bail à long terme ou vende ces terrains à des conditions favorables à la bande. Selon mon interprétation du jugement, c'est à cause de toutes ces circonstances qu'il a pu être dit qu'une obligation de caractère fiduciaire était née: en effet, l'intérêt même de la bande avait été confié au Ministre lors de la cession des terrains et était en jeu au moment de leur aliénation. Lorsqu'un bail est consenti en vertu du paragraphe 58(3), les circonstances sont entièrement différentes: aucune aliénation n'est envisagée et le droit qui sera transféré temporairement est le droit à l'usage d'un terrain, droit qui appartient individuellement à l'Indien qui en a possession, et aucun intérêt de la bande ne peut être touché (je répète qu'il va de soi que l'intérêt dont je parle ici a un sens technique et juridique; il est évident que, sur le plan moral, la bande peut toujours être concernée par le comportement et l'attitude de ses membres). Selon moi, l'obligation du Ministre, lorsqu'il exerce les pouvoirs qui lui sont conférés par le paragraphe 58(3), se limite, pour ainsi dire, à ce que prévoit la loi: il ne peut excéder le pouvoir qui lui est conféré, ce qu'il ferait si, sous le couvert d'un bail, il procédait à ce qui constituerait, à toutes fins pratiques, une aliénation du terrain (ce n'est certainement pas le cas en l'espèce puisque la durée prévue pour le bail est de 21 ans et que celui-ci ne comporte aucune clause de renouvellement particulière); il ne peut non plus tenir compte de considérations non pertinentes dans l'exercice de sa discrétion, ce qui serait le cas s'il accordait de l'importance à quoi que ce soit d'autre que le profit de l'Indien en possession légitime à la demande duquel il agit. L'obligation du Ministre ne concerne tout simplement pas la bande. [Non souligné dans l'original.]

[34] L'avocat des appellants n'a pu renvoyer la Cour à aucun arrêt pour appuyer son allégation d'obligation fiduciaire envers la bande ou envers un membre de la bande, ou envers les deux, dans la gestion des terres d'une réserve par le ministre. Bien que les tribunaux, notamment la Cour suprême du Canada, aient fait des déclarations de grande portée au sujet de la relation spéciale entre la Couronne et les peuples autochtones

Crown and the Aboriginal peoples of Canada, they have not as of yet extended this fiduciary obligation to circumstances beyond those arising directly from the surrender of land or the infringement of an Aboriginal right recognized 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]].

[35] Should an extension of the application of the concept of fiduciary duty be warranted, it most certainly would not be in circumstances such as the present ones. As recently noted by this Court in *Wewayakum Indian Band v. Canada and Wewayakum Indian Band* (1999), 247 N.R. 350 (F.C.A.), McDonald J.A. at paragraph 120 [page 383]:

. . . a fiduciary duty does not arise in every facet of Crown-Native relations nor is the content of the fiduciary responsibilities of the Crown identical in every transaction. . . .

The concept of fiduciary duty is remarkably unsuited, in my view, for the purpose of defining what is the role of the Minister when, in the exercise of his statutory duties with respect to the management of land in a reserve, he assesses the competing interests of a member of a band on the one hand, and of the band as a whole. The Minister has no interest in the outcome of his decision. The Crown does not stand to gain any benefit from the decision of the Minister. Whatever the decision, the lands will remain lands on the reserve. There is no adversarial relationship between the Crown and the band as a whole or the member of the band. There is no legitimate public purpose to be advanced by the Minister which would be adverse to the interest of the Aboriginal people. There is no “exploitation” by the Crown of the band’s or the locatee’s rights. (See *Guerin et al. v. The Queen et al.*, [1984] 2 S.C.R. 335, at page 383; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344, at page 371 and *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.), at page 22.) Marceau J.A.’s conclusion in *Boyer* that there was no fiduciary duty to the band has withstood the passage of time.

[36] Furthermore, for the reasons given by Marceau J.A. in *Boyer*, it would be a futile exercise to embark

du Canada, ils n’ont pas encore étendu l’obligation fiduciaire à des situations autres que celles qui prennent directement naissance dans la cession de terres ou dans la transgression d’un droit autochtone reconnu en vertu du 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]].

[35] S’il y avait lieu d’étendre l’application du concept de l’obligation fiduciaire, ce ne serait certainement pas dans des circonstances comme celles qui existent en l’espèce. Comme la Cour l’a indiqué dans *Bande indienne Wewayakum c. Canada et Bande indienne Wewayakai* (1999), 247 N.R. 350 (C.A.F.), le juge McDonald, J.C.A., au paragraphe 120 [page 383]:

[. . .] des obligations de fiduciaire ne prennent pas naissance dans le cadre de toutes les facettes des rapports entre la Couronne et les autochtones, et la teneur des obligations de fiduciaire de la Couronne n’est pas identique dans tous les cas.

À mon avis, le concept de l’obligation fiduciaire n’est pas du tout approprié lorsqu’il s’agit de définir le rôle du ministre quand, dans l’exercice des devoirs que lui impose la loi par rapport à la gestion des terres dans une réserve, il doit pondérer les intérêts divergents d’un membre de la bande d’une part, et de la bande d’autre part. Le ministre n’a pas d’intérêt à défendre dans une telle décision. La Couronne ne tirera aucun avantage de la décision du ministre. Quelle que soit cette décision, les terres resteront des terres sur la réserve. Il n’y a pas de relation conflictuelle entre la Couronne et la bande dans son ensemble ou un des membres de la bande. Il n’y a pas d’intérêt public légitime que le ministre doit défendre qui serait contraire à l’intérêt des peuples autochtones. La Couronne «n’exploite pas» les droits de la bande ou ceux de l’occupant. (Voir *Guerin et autres c. La Reine et autre*, [1984] 2 R.C.S. 335, à la page 383; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344, à la p. 371 et *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.), à la page 22.) La conclusion du juge Marceau dans *Boyer*, selon laquelle il n’y a pas d’obligation fiduciaire envers la bande, a résisté au passage du temps.

[36] De plus, pour les motifs énoncés par le juge Marceau dans *Boyer*, il serait futile de dissertar

into a long dissertation on fiduciary duty when the very remedy sought by the Band Council, i.e. a declaration that the lease is null and of no effect, is not a remedy available to sanction a breach of that duty. This Court expanded on the nature of the remedies available in *Semiahmoo*, *supra*, where the parties had agreed (at page 47) that the three main remedies available to the Court in order to remedy such a breach were: (1) the implementation of a constructive trust (which presumes some unjust enrichment on the part of the Crown), (2) an award of equitable damages, or (3) an accounting for profits (or a combination thereof).

[37] Counsel for the appellants is also obviously quite aware of the practical difficulties arising from the application of the concept of fiduciary duty in cases such as the present one. He is forced to argue (a) that if there is a fiduciary duty to a band, there is also one to the locatee, (b) that the Minister's fiduciary duty to both a band and a locatee consists in attempting to accommodate their conflicting interests and (c) that it is only where the issuance of a lease for the benefit of a locatee would be to the substantial detriment of a band as a whole, that the fiduciary duty to the band should prevail over the fiduciary duty to the locatee. It is not clear to me why counsel is insisting on having a ruling of this Court on the existence of a fiduciary duty when the circumstances of the case hardly invite such a ruling and when more traditional avenues are open to the appellants.

[38] What counsel is actually proposing under the label of fiduciary duty is the approach already followed in administrative law whenever competing interests are at issue before a decision maker, in this case the Minister: whether the Minister weighed the respective views of the persons affected by the decision and did so on the basis of proper considerations. While counsel did not concede the fragility and impracticability of his argument based on fiduciary duty, he nevertheless agreed that the Court could, if it wished, follow the more traditional route of applying administrative law principles.

longuement sur l'obligation fiduciaire alors que la réparation recherchée par le conseil de bande, savoir un jugement déclarant que le bail est nul et sans effet, n'est pas disponible pour en sanctionner la violation. La Cour a précisé la nature des réparations disponibles dans *Semiahmoo*, précité, où les parties ont convenu (à la page 47) que la Cour disposait de trois réparations principales afin de remédier à pareil manquement: 1) l'application d'une fiducie par interprétation (qui suppose une forme d'enrichissement sans cause de la Couronne); 2) l'octroi de dommages-intérêts en *equity*; ou 3) la reddition de comptes à l'égard des bénéficiaires (ou une combinaison des trois).

[37] L'avocat des appelants est manifestement tout à fait au courant des difficultés pratiques soulevées par l'application du concept d'obligation fiduciaire dans des affaires comme la présente. Il doit plaider a) que s'il existe une obligation fiduciaire envers la bande, il en existe une aussi envers l'occupant, b) que l'obligation fiduciaire du ministre envers la bande et l'occupant l'amène à essayer de concilier leurs intérêts conflictuels et c) que ce n'est que lorsque la délivrance d'un bail au bénéfice d'un occupant causerait un préjudice important à l'ensemble de la bande que l'obligation fiduciaire envers la bande devrait prévaloir sur l'obligation fiduciaire envers l'occupant. Je ne comprends pas exactement pourquoi l'avocat insiste pour obtenir une décision de la Cour au sujet de l'existence d'une obligation fiduciaire, alors que les circonstances en l'instance ne se prêtent pas à un tel jugement et qu'il existe des façons plus classiques de procéder.

[38] Ce que l'avocat propose sous l'étiquette de l'obligation fiduciaire correspond à l'approche adoptée en droit administratif lorsque des intérêts conflictuels doivent être tranchés par un décideur, en l'instance le ministre, savoir si le ministre a pondéré les points de vue respectifs des personnes touchées par la décision et s'il l'a fait en se fondant sur les facteurs appropriés. Bien que l'avocat n'ait pas admis que son argument fondé sur l'obligation fiduciaire était fragile et peu praticable, il a quand même admis que la Cour pouvait, si elle le désirait, suivre la voie plus traditionnelle de mise en œuvre des principes de droit administratif.

[39] In order, however, to follow this more traditional route, the Court must dispel the impression left by the passages which I have underlined in paragraph 33 in Marceau J.A.'s reasons that as there is no duty of the Minister towards a band, there is no need for him to strike a balance between the interests of a band and those of the locatee when a lease is granted under subsection 58(3).

[40] The words I have underlined must be read in context. In *Boyer*, a band opposed the granting of the lease as a matter of principle, it being of the view that the Minister had no authority under subsection 58(3) to enter into the lease without its formal consent. As Marceau J.A. put it at page 400:

I have no doubt that the only question that has to be determined in order to dispose of the case is whether or not the validity of this lease depended on the consent of the Band or its council.

and it is in answering the argument raised by that Band that consent was required under subsection 58(3) "by necessary implication . . . as an effect of the fiduciary obligation of the Crown toward the Band" (at page 401), that Marceau J.A. made the impugned statement.

[41] In *Boyer*, the proposed lease was with respect to the development of a full service marina and tourist facility on the St. Mary's River. The question of allowing non-Indians to reside on the reserve was not raised. No by-law was in issue. The sole question before the Court was a question of principle: whether the consent of the Band was required by the statute or as an effect of a fiduciary obligation. No mention was made of a possible prejudice to the Band and the idea of an administrative law duty on the Minister to weigh the conflicting interests of the Band and of the locatee was not mentioned nor explored. When Marceau J.A. at pages 405 and 406 stated that "no interest of the Band can be affected", that the Minister cannot "take into account anything other than the benefit of the Indian in lawful possession of the land and at whose request he is acting" and that "[t]he duty of the Minister is simply not toward the Band", he was

[39] Toutefois, pour suivre cette démarche plus classique, la Cour doit dissiper l'impression laissée par les passages que j'ai soulignés au paragraphe 33 des motifs du juge Marceau, J.C.A., savoir que comme il n'y a pas d'obligation fiduciaire du ministre vis-à-vis la bande, il s'ensuit qu'il n'est pas nécessaire qu'il pondère les intérêts de la bande et ceux de l'occupant en octroyant un bail conformément au paragraphe 58(3).

[40] Les termes que j'ai soulignés doivent être lus dans leur contexte. Dans *Boyer*, une bande s'opposait en principe à l'octroi d'un bail, étant d'avis que le ministre n'avait pas le pouvoir de signer un tel bail en vertu du paragraphe 58(3) sans son consentement formel. Comme le juge Marceau l'indique, à la page 400:

Je n'entretiens aucun doute sur le fait que la seule question dont il doit être décidé en l'espèce est celle de savoir si le consentement de la bande ou de son conseil était nécessaire à la validité de ce bail.

Le juge Marceau a fait la déclaration en cause en réponse à l'allégation de la bande que son consentement était requis en vertu du paragraphe 58(3) «parce qu'il découle implicitement et nécessairement du contexte [. . .] par l'effet de l'obligation fiduciaire de la Couronne à l'endroit de la bande» (à la page 401).

[41] Dans *Boyer*, le bail portait sur la mise en valeur d'un terrain par la construction d'une marina offrant des services complets et d'installations touristiques le long de la rivière St. Mary. La question de permettre à des non-Indiens de résider sur la réserve n'a pas été soulevée. Il n'y avait pas de règlement en cause. La seule question posée à la Cour en était une de principe, savoir si la loi ou une obligation fiduciaire exigeait le consentement de la bande. Il n'est pas fait mention d'un préjudice quelconque qui serait causé à la bande et on n'a pas non plus mentionné ou examiné le concept d'une obligation du ministre, en droit administratif, de pondérer les intérêts opposés de la bande et de l'occupant. Lorsque le juge Marceau, J.C.A. déclare, aux pages 405 et 406, que «aucun intérêt de la bande ne peut être touché», que le ministre ne peut tenir compte de considérations autres «que le profit de l'Indien en possession légitime à la demande duquel

merely addressing the situation where no interests of the Band were argued to be at stake. I find that the Court in *Boyer* did not rule out the need for balancing the interests at stake prior to granting a lease. The sole issue was whether the Band could veto a lease, and the answer was that it could not.

[42] My reading of *Boyer* is similar to that of the Minister as appears from the closing words of the analysis of the *Boyer* decision found in the Department's Land Management and Procedures Manual:

The department's policy of referring subsection 58(3) leases to the band council does not therefore give the band council a veto power. [Clause 6.3.1, A.B., Vol. 2, at p. 517.]

The evidence shows that as a matter of policy the Minister seeks the input of the Chief and Council with respect to any proposed development on a reserve (A.B., Vol. 2, at pages 343, 488 and 517), and goes so far as to request, where a proposed lease is for a term of 49 years or less, that "the band council should be asked to confirm that the proposed lease does not contravene approved land use plans or zoning by-laws" (at page 518).

Review of discretionary decision making

[43] The approach to review of discretionary decision making was recently canvassed by L'Heureux-Dubé J. in *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1999] 2 S.C.R. 817. She noted at paragraph 53 that:

. . . discretion must still be exercised in a manner that is within a reasonable interpretation of the margin of manoeuvre contemplated by the legislature, in accordance with the principles of the rule of law . . . , in line with general principles of administrative law governing the exercise of discretion, and consistent with the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*

[44] I must first determine, using the pragmatic and functional approach, the appropriate standard of

il agit», et que «[l']obligation du Ministre ne concerne tout simplement pas la bande», il se penche seulement sur une situation où personne ne plaiderait que les intérêts de la bande étaient en cause. J'en conclus que dans *Boyer*, la Cour n'a pas exclu la nécessité de pondérer les intérêts en cause avant d'octroyer un bail. La seule question posée alors portait sur le droit de la bande d'opposer un veto à l'octroi du bail, question à laquelle on a répondu par la négative.

[42] Mon interprétation de *Boyer* recoupe celle du ministre, qui est exprimée à la fin de l'analyse de la décision *Boyer* et que l'on trouve dans le Guide de la gestion foncière et des procédures du Ministère:

La politique du Ministère qui consiste à soumettre au Conseil de bande toute location visée au paragraphe 58(3) ne confère pas pour autant un droit de veto à ce dernier. [Clause 6.3.1, D.A., vol. 2, à la p. 517.]

La preuve démontre que la politique suivie par le ministre est de demander l'avis du chef et du conseil quant à toute mise en valeur proposée sur la réserve (D.A., vol. 2, aux pages 343, 488 et 517), allant jusqu'à demander, lorsque le bail proposé est pour une durée de 49 ans ou moins, [TRADUCTION] «qu'on sollicite une confirmation de la part du conseil de bande que le bail envisagé ne contrevient pas aux plans officiels d'utilisation des terrains ou aux règlements de zonage» (à la page 518).

L'examen de l'exercice du pouvoir discrétionnaire

[43] Le juge L'Heureux-Dubé a analysé récemment la méthode de contrôle judiciaire en matière d'exercice du pouvoir discrétionnaire dans *Baker c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1999] 2 R.C.S. 817. Elle souligne, au paragraphe 53 que:

[. . .] l'exercice du pouvoir discrétionnaire doit quand même rester dans les limites d'une interprétation raisonnable de la marge de manoeuvre envisagée par le législateur, conformément aux principes de la primauté du droit [. . .], suivant les principes généraux de droit administratif régissant l'exercice du pouvoir discrétionnaire, et de façon conciliable avec la *Charte canadienne des droits et des libertés* [. . .]

[44] En utilisant la méthode pragmatique et fonctionnelle, je dois d'abord déterminer la norme appli-

review for decisions made under subsection 58(3) of the Act. Four factors affecting the determination of that standard are outlined in *Pushpanathan v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, [1998] 1 S.C.R. 982 and applied in *Baker*.

[45] The first factor is that of privative clauses. The absence of a privative clause, as is the case here, militates in favour of a lower standard of deference.

[46] The second factor is that of the expertise of the decision maker, in this case the Minister. This is the most important category and, as noted by Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at page 1007, it is closely related to the fourth category, that of the nature of the problem. In deciding whether to lease or not and in balancing the social, cultural, economic, environmental etc. interests of a member of a band and those of the band as a whole, the Minister has a broad and specialized expertise. This factor militates in favour of a higher degree of deference.

[47] The third factor is the purpose of the Act as a whole, and the provision in particular. As noted by Bastarache J. in *Pushpanathan, supra*, at page 1008, purpose and expertise often overlap. The purpose of subsection 58(3), as found in *Boyer, supra*, at page 406 is "to give the individual member of a Band a certain autonomy, a relative independence from the *dicta* of his Band council, when it comes to the exercise of his entrepreneurship and the development of his land". The purpose of the Act, however, is generally more band-oriented and reserve-oriented when what is at issue is the use of land in a reserve (see sections 20, 24, 28 and 38). I shall come back to these sections when examining the considerations that should guide the Minister when exercising his discretion.

[48] In the case at bar, while it is true that the ultimate purpose achieved by the decision is that of establishing rights as between parties, the process, because it relates to the wider context of Aboriginal

cable de contrôle des décisions prises en vertu du paragraphe 58(3) de la Loi. Les quatre facteurs à prendre en considération pour déterminer cette norme de contrôle sont exposés dans *Pushpanathan c. Canada (Ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration)*, [1998] 1 R.C.S. 982, et appliqués dans *Baker*.

[45] Le premier facteur porte sur les clauses privatives. L'absence d'une clause privative, comme en l'instance, milite en faveur d'une norme de retenue judiciaire moins exigeante.

[46] Le deuxième facteur porte sur l'expertise du décideur, le ministre en l'instance. C'est la catégorie la plus importante et, comme le souligne le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, à la page 1007, elle est liée de près à la quatrième catégorie, savoir la nature du problème. Lorsqu'il s'agit de décider d'octroyer un bail ou non et de pondérer les intérêts sociaux, culturels, économiques, environnementaux, etc., d'un membre de la bande vis-à-vis ceux de la bande dans son ensemble, le ministre a une grande expertise. Ce facteur milite en faveur d'une plus grande retenue judiciaire.

[47] Le troisième facteur est l'objet de la Loi dans son ensemble et de la disposition en cause. Comme l'indique le juge Bastarache dans *Pushpanathan*, précité, à la page 1008, l'objet et l'expertise se confondent souvent. Dans *Boyer*, précité, à la page 406, l'objet du paragraphe 58(3) est décrit comme suit: «d'accorder à chaque membre de la bande une certaine autonomie, et une indépendance relative à l'égard des *dicta* de son conseil de bande dans l'exercice de son esprit d'entreprise et la mise en valeur de son terrain». Toutefois, l'objet de la Loi va généralement plus dans le sens des intérêts généraux de la bande et de la réserve lorsqu'il s'agit de l'utilisation des terres de la réserve (voir les articles 20, 24, 28 et 38). Je reviendrai sur ces articles en examinant les facteurs qui devraient servir de guide au ministre dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire.

[48] En l'instance, même s'il est clair que le but ultime de la décision est d'établir les droits relatifs des diverses parties, le processus, du fait qu'il est rattaché au contexte plus large des droits autochtones, ressem-

rights, is more akin to “a delicate balancing between different constituencies” (*Pushpanathan, supra*, at page 1008) which invites a greater standard of deference. The administrative structure in place more closely resembles the polycentric model and calls for judicial restraint.

[49] The fourth factor is the nature of the problem in question, especially whether it relates to determination of law or facts. The decision about whether to grant a lease involves a considerable appreciation of the circumstances as they are viewed by the locatee and by a band respectively. No definite legal rules are to be applied or interpreted by the Minister. As in *Baker, supra*, at paragraph 61, “[g]iven the highly discretionary and fact-based nature of this decision, this is a factor militating in favour of deference”.

[50] Taking these factors together, I come to the conclusion that considerable deference should be accorded the Minister and that the appropriate standard of review is that of reasonableness.

Was the decision reasonable?

[51] The Minister, in deciding whether to lease or not, has a double duty, one to the individual holding the Certificate of Possession, the other to the band. There is no basis for the suggestion that one duty should necessarily prevail over the other in case of conflict. The question is to determine what considerations in a given case should lead the Minister to exercise his discretion in favour of one rather than in favour of the other.

[52] A reading of the Act as a whole suggests that the Minister is not at liberty to assess all applications for lease with the same considerations in mind. His “margin of manoeuvre”, to use the words of L’Heureux-Dubé J. in *Baker, supra*, at paragraph 53, is not unlimited. We are dealing here with the use of land in a reserve by non-Indians and the Act contains enough provisions in this regard that dictate to a large extent the approach to be taken by the Minister.

[53] The basic principles are found in the part of the Act entitled “Possession of Lands in Reserves”.

ble plus à la réalisation d’un «équilibre délicat entre divers intérêts» (*Pushpanathan*, précité, à la page 1008). Cela favorise une norme plus élevée de retenue judiciaire. La structure administrative en place s’apparente davantage à un modèle polycentrique et suppose la retenue judiciaire.

[49] Le quatrième facteur est la nature du problème, savoir s’il s’agit d’une question de droit ou de fait. La décision d’octroyer ou non un bail comporte une grande appréciation des circonstances, selon les points de vue respectifs de l’occupant et de la bande. Le ministre n’a pas à appliquer ou à interpréter des règles de droit précises. Comme on le précise dans *Baker*, précité, au paragraphe 61, «[l]e fait que cette décision soit de nature hautement discrétionnaire et factuelle est un facteur qui milite en faveur de la retenue».

[50] Compte tenu de tous ces facteurs, je conclus que le ministre a droit à un niveau élevé de retenue judiciaire et que la norme de contrôle applicable est celle de la décision raisonnable.

La décision était-elle raisonnable?

[51] En décidant d’octroyer un bail ou non, le ministre a une obligation double, l’une envers le titulaire du certificat de possession et l’autre envers la bande. Rien ne permet de dire qu’une de ces obligations prendra le pas sur l’autre en cas de conflit. Dans une affaire donnée, la question est donc de savoir quels critères amèneront le ministre à exercer son pouvoir discrétionnaire en faveur de l’une des parties plutôt que de l’autre.

[52] Prise comme un tout, la Loi indique que le ministre n’a pas l’entière liberté d’apprécier toutes les demandes de bail sur les mêmes bases. Pour utiliser la terminologie du juge L’Heureux-Dubé dans *Baker*, précité, au paragraphe 53, sa «marge de manoeuvre» n’est pas totale. En l’instance, il s’agit de l’utilisation des terres d’une réserve par des non-Indiens; or, la Loi contient assez de dispositions à ce sujet pour que l’approche à prendre par le ministre lui soit dictée dans une large mesure.

[53] Les principes de base se trouvent dans la partie de la Loi qui s’intitule «Possession de terres dans des

According to section 20, no Indian (a locatee) can possess land in a reserve unless the band council and then the Minister agree. According to section 24, a locatee can transfer his right to the possession of the land to another member of the band with the approval of the Minister; the consent of the band council is not required. According to subsection 28(1), a locatee cannot by lease or otherwise permit a non-band member to occupy or use a reserve or to reside or otherwise exercise any rights on a reserve. Any such permit is void. The Minister, however, according to subsection 28(2), may authorize any person to so occupy or use a reserve for a period not exceeding one year; any longer period requires the consent of the band council.

[54] Reference may also be made to subsection 37(2), whereby, except where the Act otherwise provides, lands in a reserve shall not be leased until they have been surrendered to the Crown by the band pursuant to subsection 38(2); to paragraph 46(1)(d) which authorizes the Minister to declare the will of an Indian to be void if the Minister is satisfied that “the will purports to dispose of land in a reserve in a manner contrary to the interest of the band or contrary to this Act”; to subsection 60(1), which empowers the Governor in Council to grant a band “the right to exercise such control and management over lands in the reserve . . . as the Governor in Council considers desirable” and to paragraph 59(a) which, as I read it, requires the consent of the band council when the amount of the rent set out in a lease is to be reduced or adjusted.

[55] The Act is therefore very much band-oriented where use of lands in the reserve is at issue and that is particularly so where lands in the reserve are to be occupied for a period exceeding one year by non-members of the band. The intent of Parliament, clearly, is to require the consent of the band council whenever a non-member of the band, and even more so a non-Indian, is to exercise any right on a reserve for a period longer than one year.

réserves». L'article 20 prévoit qu'un Indien (l'occupant) ne peut être en possession d'une terre dans une réserve sauf avec l'approbation du ministre et du conseil de bande. L'article 24 prévoit qu'un occupant peut transférer son droit à la possession de la terre à un autre membre de la bande, avec l'approbation du ministre. Dans ce cas, l'assentiment du conseil de bande n'est pas requis. Le paragraphe 28(1) prévoit qu'un occupant ne peut, au moyen d'un bail ou autrement, permettre à une personne, autre qu'un membre de la bande, d'occuper ou utiliser une réserve ou de résider ou autrement exercer des droits sur une réserve. Un tel permis est nul. Toutefois, le paragraphe 28(2) prévoit que le ministre peut autoriser toute personne à occuper ou utiliser une réserve pour une période maximale d'un an. Une période plus longue exige le consentement du conseil de bande.

[54] On peut aussi se référer au paragraphe 37(2), qui prévoit que, sauf disposition contraire de la Loi, les terres dans une réserve ne peuvent être données à bail que si elles sont cédées à la Couronne par la bande, conformément au paragraphe 38(2); à l'alinéa 46(1)d), qui autorise le ministre à déclarer nul le testament d'un Indien s'il est convaincu que «le testament vise à disposer d'un terrain, situé dans une réserve, d'une façon contraire aux intérêts de la bande ou aux dispositions de la présente loi»; au paragraphe 60(1), qui autorise le gouverneur en conseil à accorder à une bande «le droit d'exercer, sur des terres situées dans une réserve [. . .] le contrôle et l'administration qu'il estime désirables»; ainsi qu'à l'alinéa 59a), qui exige l'obtention du consentement du conseil de bande pour réduire ou ajuster le montant payable en vertu d'un bail.

[55] Par conséquent, la Loi protège vraiment les intérêts de la bande lorsqu'il s'agit d'utiliser les terres de la réserve, notamment lorsque ces terres doivent être occupées pendant une période de plus d'un an par des personnes qui ne sont pas membres de la bande. Il est clair que l'intention du Parlement était d'exiger le consentement du conseil de bande chaque fois qu'une personne non-membre de la bande, et à plus forte raison un non-Indien, devait exercer un droit sur une réserve pendant une période de plus d'une année.

[56] It seems to me that subsection 58(3), which is found in that part of the Act which deals with “management of reserves”, has to be read and understood in such a way as not to conflict with the avowed intent of Parliament expressed in those parts of the Act which deal with the substantial rights of the Indians (as opposed to those parts which deal with the managerial rights of the Minister). The mere fact that the Band has originally agreed to let a locatee occupy and use a lot on the reserve cannot mean, in my understanding of the whole of the Act, that the Band has implicitly abandoned the right it has under subsection 28(2) to control the use of the lot by a non-member of the Band. To find otherwise could lead, theoretically, to the Minister granting, for example, a 99-year lease under subsection 58(3) to the benefits of non-Indians, thereby displacing the other provisions of the Act.

[57] While Parliament, as found in *Boyer*, stayed shy of giving a veto power to band councils with respect to leases granted under subsection 58(3), the Minister is bound, in my view, to give more weight to the concerns of a band as one gets closer to the type of lease that would be subject to subsection 28(2). The more a lease operates to the substantial detriment of the band as a whole the more the Minister must pay attention to the concerns expressed by the band.

[58] In the case at bar, the lease granted was for a period longer than one year and it gave the Minister the option to extend the term to 24 years and 11 months. The use permitted was “the operation of a manufactured home park for residential single family dwelling” and the uncontradicted evidence is to the effect that the lessee (an Indian corporation) did or would sublet to persons who are not members of the Band. Indeed, as recognized by the Trial Judge at paragraph 2 [page 355] of his reasons, the purpose of the lease “was to pursue the ongoing development of a manufactured home subdivision and to legitimize the existing occupation by non-natives on the Reserve known collectively as the Clydesdale Estates Residents Association”. There is also evidence that one important ground for the opposition of the Band to the

[56] Il m’apparaît que le paragraphe 58(3), qu’on trouve dans la partie de la Loi qui traite de «l’administration des réserves», doit être interprété de façon à ce qu’il n’entre pas en conflit avec l’intention expresse du Parlement, qui est exprimée dans les parties de la Loi qui traitent des droits des Indiens (à distinguer des parties qui traitent des droits de gestion du ministre). Le simple fait qu’une bande ait donné son accord pour qu’un Indien occupe et utilise un lot sur la réserve ne peut vouloir dire, selon mon interprétation de l’ensemble de la Loi, que la bande a abandonné implicitement le droit que lui reconnaît le paragraphe 28(2) de contrôler l’utilisation que fait du lot une personne qui n’est pas membre de la bande. Le fait de conclure autrement pourrait théoriquement autoriser le ministre à accorder, par exemple, un bail de 99 ans en vertu du paragraphe 58(3) au bénéfice de non-Indiens, ce qui aurait pour résultat de rendre sans objet les autres dispositions de la Loi.

[57] Bien que le Parlement, comme on l’a constaté dans *Boyer*, ne soit pas allé jusqu’à donner un droit de veto au conseil de bande lorsqu’il s’agit d’un bail octroyé en vertu du paragraphe 58(3), j’estime que le ministre est tenu de donner plus de poids aux inquiétudes de la bande si l’on se rapproche du genre de bail qui tomberait sous le coup du paragraphe 28(2). Plus un bail cause un préjudice substantiel à la bande dans son ensemble, plus le ministre doit prêter attention aux inquiétudes exprimées par la bande.

[58] En l’instance, le bail portait sur une période de plus d’un an et donnait l’option au ministre d’en prolonger le terme jusqu’à 24 ans et 11 mois. Il visait [TRADUCTION] «l’installation d’un lotissement de maisons préfabriquées unifamiliales à des fins résidentielles», et la preuve non contredite indique que le détenteur du bail (une compagnie indienne) avait l’intention de louer les unités à des personnes qui n’étaient pas membres de la bande. En fait, comme le reconnaît le juge de première instance au paragraphe 2 [page 355] de ses motifs, «[I]e but recherché était de poursuivre le développement d’un lotissement de maisons préfabriquées et de légitimer la présence d’occupants non-Indiens sur la réserve, connu collectivement sous le nom Clydesdale Estates Residents Association». La preuve démontre aussi qu’un des

proposed lease was the very fact that the homes would be rented to non-Natives. For example, a member of Council, John Elliott, noted, at the Band Council meeting of September 14, 1995, that:

I have seen this happen on other reserves, there are more non-natives than natives living on reserves. These trailer courts cause development explosion. [A.B., Vol. 1, at p. 310.]

[59] In the circumstances, there was an obligation on the Minister to satisfy himself that the concerns of the Band with respect to that long-term development which, they said, threatened their way of life *qua* Indian on their reserve, were unwarranted or were so minimal as compared to the benefits to the locatees as to warrant a conclusion that the lease should go ahead. The Minister did not meet that burden. His officer, Mr. Howe, in his letter dated April 10, 1997—which letter, for all practical purposes, contains the reasons for the decision of the Minister—merely states that “I have difficulty accepting your premise that this development would be detrimental to the band as a whole” (A.B., Vol. 2, at page 488). Such a general and condescending statement which ignores the basic fact that the proposed development was not for the benefit of the band, but for the benefit of non-Indians, and had both short- and long-term ramifications for the band as a whole, is evidence that the concerns of the Band were discarded without proper consideration. This is a fatal flaw in the decision of the Minister.

[60] There are other flaws.

[61] Despite the grave concern expressed by the Band with respect to the water, sewer and stormwater systems and despite the fact that the terms of the lease itself (Clauses 2.2 and 2.3) reveal that the Minister knew that these concerns had not been met, the Minister nevertheless decided to go ahead on May 1, 1997 with a lease expiring (subject to extension) on September 30, 1997. The lease provided that an extension would only be granted if by then the Minister “has determined that there is adequate sewer and

motifs principaux de l’opposition de la bande à l’octroi du bail était justement que les maisons seraient louées à des non-Indiens. À titre d’exemple, John Elliott, un membre du conseil, a souligné à la réunion du conseil de bande du 14 septembre 1995 que:

[TRADUCTION] J’ai déjà vu la chose se produire ailleurs, dans d’autres réserves où il y a plus de résidents non-Indiens que d’Indiens. Ces lotissements de maisons préfabriquées créent une mise en valeur incontrôlée. [D.A., vol. 1, à la p. 310.]

[59] En l’instance, le ministre avait le devoir de s’assurer que les inquiétudes de la bande au sujet de ce lotissement à long terme, dont les membres disaient que ce dernier menaçait leur mode de vie en tant qu’Indiens sur la réserve, n’avaient pas de fondement ou étaient peu importantes par rapport aux avantages escomptés par les occupants, ce qui aurait justifié l’octroi du bail. Le ministre ne s’est pas déchargé de cette responsabilité. Dans une lettre datée du 10 avril 1997, écrite par le représentant du ministre, M. Howe—lettre qui contient les motifs de la décision du ministre—ce dernier indique simplement qu’il [TRADUCTION] «a une certaine difficulté à accepter votre prémisse que ce lotissement serait contraire au bien-être général de la bande» (D.A., vol. 2, à la page 488). Une déclaration aussi générale et condescendante, qui ne tient pas du tout compte du fait que le lotissement proposé n’assurait aucun bénéfice à la bande, mais seulement à des non-Indiens, ni du fait qu’il avait des ramifications à court et à long terme pour la bande dans son ensemble, constitue une preuve que les inquiétudes de la bande ont été écartées sans examen réel. La décision du ministre souffre donc d’un vice irrémédiable.

[60] Il y a d’autres vices.

[61] Bien que la bande ait exprimé de sérieuses réserves quant au système d’alimentation en eau, d’égouts, et d’écoulement des eaux pluviales, et malgré le fait que les termes même du bail (clauses 2.2 et 2.3) indiquent que le ministre savait qu’on n’avait pas réglé ces problèmes, ce dernier a néanmoins décidé d’octroyer, le 1^{er} mai 1997, un bail devant expirer le 30 septembre 1997 (avec option de prolongation). Le bail prévoyait que la prolongation ne serait accordée que lorsque le ministre serait

water service available to the Premises” and required the lessee to provide the Minister with a detailed stormwater management plan before August 1, 1997. It seems to me to be unreasonable for the Minister to rush to grant a lease, which is in any event retroactive, for an actual period of five months (May to September 1997) when the basic conditions of water and sewer services have not yet been met.

[62] The retroactivity of the lease in the circumstances of this case is another source of major concern. The Minister knew, when it executed the lease on May 1, 1997 retroactive to April 1, 1996, that a zoning by-law had been passed by the Band Council on December 23, 1996. The Minister not only knew of the by-law, he also had refrained from disallowing it (see subsection 82(2) of the Act). The Minister knew that under the by-law the proposed development would need to be scrutinized by a zoning advisory committee and then approved by the Band Council, which approval was an unlikely event. He had to have known that in making the lease retroactive to a point in time prior to the coming into force of the by-law, the locatees could avail themselves of the non-conforming use clause of the by-law and proceed without the approval of the Band Council. The Minister had a policy, prior to granting a lease, to ask a band council to confirm that a proposed lease does not contravene zoning by-laws (*supra*, paragraph 42). All the steps described in the documentation filed by the Minister with respect to applications for lease point to a prospective approach and counsel for the Minister recognized at the hearing that no reference was made in the documentation to retroactive leases. The lease, furthermore, is written in terms that do not provide for the retroactive compliance by the lessee with its obligations under the lease nor for the retroactive approval by the Minister of any building, structure or other improvement constructed on the premises prior to the execution of the lease on May 1, 1997.

[63] While I need not decide here whether the Minister is legally entitled to grant a retroactive lease,

[TRADUCTION] «convaincu que les lieux sont pourvus de services d'égouts et d'alimentation en eau adéquats» et il prévoyait que le détenteur du bail devait fournir au ministre un plan détaillé pour la gestion des eaux pluviales avant le 1^{er} août 1997. Il ne me semble pas raisonnable que le ministre procède de façon aussi précipitée à l'octroi d'un bail, qui était de toute façon rétroactif, pour une période réelle de cinq mois (de mai à septembre 1997), alors qu'on n'a même pas encore satisfait aux conditions de base portant sur les services d'égouts et d'alimentation en eau.

[62] En l'instance, l'octroi rétroactif du bail est une autre source majeure d'inquiétudes. Lorsqu'il a signé le bail le 1^{er} mai 1997, rétroactivement au 1^{er} avril 1996, le ministre savait que le conseil de bande avait adopté un règlement de zonage le 23 décembre 1996. Non seulement le ministre connaissait-il l'existence du règlement, mais il ne s'y était pas opposé (voir le paragraphe 82(2) de la Loi). Le ministre savait qu'en vertu du règlement, le lotissement en cause serait étudié par le comité consultatif de zonage pour ensuite être soumis à l'approbation du conseil de bande, laquelle était peu probable. Il devait savoir qu'en rendant le bail rétroactif à une date antérieure à l'entrée en vigueur du règlement, les occupants pouvaient s'appuyer sur la clause du règlement portant sur les usages non conformes et procéder sans l'approbation du conseil de bande. Avant d'accorder un bail, la politique du ministre est de demander au conseil de bande de confirmer que le bail proposé ne contrevient pas au règlement de zonage (voir le paragraphe 42). Toutes les étapes décrites dans la documentation déposée par le ministre au sujet des demandes de bail indiquent l'utilisation d'une approche prospective, et l'avocat du ministre a admis à l'audience que rien dans la documentation ne traitait de l'octroi d'un bail rétroactif. De plus, rien dans le bail n'exige que les titulaires du bail doivent indiquer de façon rétroactive qu'ils satisfaisaient aux obligations de ce bail, non plus qu'ils aient à obtenir une approbation rétroactive du ministre pour toute construction, structure ou autres travaux entrepris sur les terrains avant la signature du bail le 1^{er} mai 1997.

[63] Bien qu'il ne soit pas nécessaire en l'instance que je décide si le ministre a le droit d'accorder un

the fact is that in a case such as this one, where the Minister owes a particularly onerous duty to the Band, the very concept of a lease exempted from compliance with a by-law because of its retroactivity simply does not make sense.

[64] When looking at all the circumstances, one cannot but conclude that the Minister granted a lease that operates to the substantial detriment of the Band without proper consideration of the major concerns voiced by the Band. His decision is unreasonable.

Disposition

[65] The appeal will be allowed, the decision of the Trial Judge will be set aside, the application for judicial review of the decision of the Minister of Indian Affairs and Northern Development dated May 1, 1997 will be granted, the decision of the Minister will be set aside and the lease between Her Majesty the Queen in right of Canada and Clydesdale Estate Holdings Ltd., dated May 1, 1997 but effective April 1, 1996 will be declared void and of no effect.

[66] The appellants are entitled to their costs here and below against the Minister.

ROBERTSON J.A.: I agree.

NOËL J.A.: I agree.

bail rétroactif, il n'en demeure pas moins que dans une affaire où le ministre a un devoir particulièrement lourd envers la bande, le concept même d'un bail exonéré de l'application d'un règlement en raison de sa rétroactivité n'a tout simplement aucun sens.

[64] Au vu de toutes les circonstances, on ne peut que conclure que le ministre a accordé un bail qui cause un préjudice substantiel à la bande sans pour autant avoir examiné de façon adéquate les préoccupations exprimées par la bande. Sa décision était donc déraisonnable.

Dispositif

[65] L'appel est accueilli, la décision du juge de première instance est infirmée, la demande de contrôle judiciaire de la décision du ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien en date du 1^{er} mai 1997 est accueillie, la décision du ministre est annulée et le bail entre Sa Majesté la Reine du chef du Canada et Clydesdale Estate Holdings Ltd., daté du 1^{er} mai 1997 mais en vigueur depuis le 1^{er} avril 1996, est déclaré nul et sans effet.

[66] Les appelants ont droit aux dépens contre le ministre, en première instance et en cette Cour.

LE JUGE ROBERTSON, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.

LE JUGE NOËL, J.C.A.: Je souscris aux présents motifs.