

A-391-00
2002 FCA 288

A-391-00
2002 CAF 288

Assessor for Seabird Island Indian Band (*Appellant*)

L'évaluateur de la bande indienne de Seabird Island
(*appellant*)

v.

c.

BC Tel (*Respondent*)

BC Tel (*intimée*)

INDEXED AS: BC TEL v. SEABIRD ISLAND INDIAN BAND (C.A.)

RÉPERTORIÉ: BC TEL c. BANDE INDIENNE DE SEABIRD ISLAND (C.A.)

Court of Appeal, Desjardins, Linden and Noël J.J.A.—
Vancouver, May 29; Ottawa, July 9, 2002.

Cour d'appel, juges Desjardins, Linden et Noël, J.C.A.—
—Vancouver, 29 mai; Ottawa, 9 juillet 2002.

Native Peoples — Lands — Appellant assessing respondent for use of reserve land related to fibre optic cable system running across Seabird Island Indian Reserve — Whether system “in the reserve” within meaning of Indian Act, s. 83(1)(a) — 1956 Order in Council (Seabird Order) authorizing British Columbia to take land from Reserve for road purposes — Similar to Order in Council considered in S.C.C. decision Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town) after Trial Division herein holding land not “in the reserve” — Crown’s fiduciary duty to band when removing land from reserve, sui generis nature of Aboriginal interest, Indian Act, s. 35 fiduciary obligations dictating clear, plain intention must be present to conclude land removed from reserve — Seabird Order not expressing clear, plain intention to completely extinguish entire Aboriginal interest in corridor across Reserve — Language of Seabird Order, like Osoyoos Order, ambiguous — Terms of transfer influenced by public purpose, not by language of provincial legislation, province’s intention — Contextual evidence suggesting unnecessary to completely extinguish Band’s interest in land — Because of ambiguity in Seabird Order, entire Aboriginal interest in land not extinguished.

Peuples autochtones — Terres — L'appelant a imposé l'intimée pour l'utilisation de terres de réserve reliée à un réseau de câbles de fibre optique traversant la réserve indienne de Seabird Island — Il s'agissait de savoir si le réseau était situé «dans la réserve» au sens de l'art. 83(1)a) de la Loi sur les Indiens — Un décret de 1956 (le décret Seabird) autorisait la Colombie-Britannique à prendre des terres de réserve pour les fins d'une route — Il était similaire au décret dont il avait été question dans la décision rendue par la C.S.C. dans Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville) après que la Section de première instance eut statué que les terres n'étaient pas «dans la réserve» — Le fait que la Couronne a envers la bande une obligation de fiduciaire lorsqu'elle prend les terres d'une réserve et que le droit autochtone est de nature sui generis ainsi que les obligations de fiduciaire existant en vertu de l'art. 35 de la Loi sur les Indiens exigent une intention claire et nette permettant de conclure que les terres ont été exclues de la réserve — Le décret Seabird n'établit pas une intention claire et nette d'éteindre complètement le droit autochtone dans le corridor qui traverse la réserve — Le libellé du décret Seabird, comme celui du décret Osoyoos, est ambigu — Les conditions du transfert étaient influencées par l'intérêt public, et non par le libellé de la législation provinciale ou par l'intention de la province — La preuve contextuelle laissait entendre qu'il n'était pas nécessaire d'éteindre complètement le droit que possède la bande sur ses terres — Compte tenu de l'ambiguïté du décret Seabird, le droit autochtone sur les terres n'était pas éteint au complet.

This was an appeal from a Trial Division decision that reserve lands over which a fibre optic cable system owned by the respondent was hung were not “in the reserve” within the meaning of paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*, and therefore were not taxable by the Seabird Island Indian Band. A 1956 Order in Council (the Seabird Order) authorized the province of British Columbia to take land, which now contains the cable system, from the Seabird Island Indian

Il s'agissait d'un appel d'une décision de la Section de première instance portant que les terres d'une réserve sur lesquelles un réseau de câbles de fibre optique appartenant à l'intimée était installé n'étaient pas situées «dans la réserve» au sens de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et que la bande indienne de Seabird Island ne pouvait donc pas les taxer. Un décret de 1956 (le décret Seabird) autorisait la province de la Colombie-Britannique à prendre des terres de

Reserve for road purposes. Sometime later, the British Columbia Department of Highways created a corridor, 100 feet wide, across the Reserve, and eventually constructed the Lougheed Highway in the middle of the corridor which has been used exclusively and continuously since then by the province. Pursuant to paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*, the Band made assessment and taxation by-laws that were duly approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development. The appellant then assessed the respondent for its use of reserve land and issued assessment notices for the 1997 and 1998 taxation years. The respondent appealed the assessments to the Seabird Island Indian Band Board of Review which held that the land and the cable system were “in the reserve” and, therefore, were properly assessed by the appellant. On appeal to the Federal Court Trial Division, the Appeal Judge allowed the appeal, holding that the property was not “in the reserve” and, therefore, was not taxable by the Band. Subsequently, the Supreme Court of Canada considered Order in Council 1957-577 (the Osoyoos Order) in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*. The majority held that the Osoyoos Order, which contained terms virtually identical to the Seabird Order, granted less than a fee simple interest and, therefore, an irrigation canal was still “in the reserve”. The pith of the judgment was that if either full ownership of the land or something less equally capable of fulfilling the public purpose for which the land was taken, and the Order in Council is ambiguous, then the interpretation least intrusive to the Band’s interest should be preferred. The main issue herein was whether the respondent’s fibre optic cable system was properly assessed under the Band’s by-laws.

Held (Noël J.A. dissenting), the appeal should be allowed.

Per Linden J.A. (Desjardins J.A. concurring): The appellant sought to adduce new evidence that, despite the provisions of the B.C. *Highway Act*, a part of the Lougheed Highway rests on lands that are not owned by the province absolutely, but are leased, originally from Canadian Pacific Limited and now from Her Majesty the Queen in Right of Canada. New factual evidence can be considered by an appellate court if it could not have been discovered earlier through reasonable diligence, is practically conclusive of an issue on appeal, and is credible. The only question here was whether the evidence was practically conclusive, that is, whether it could reasonably be expected to affect the result of the trial. On the correct legal analysis, the evidence sought to be introduced would have been valuable and influential, and

la réserve indienne de Seabird Island, où se trouve maintenant le réseau de câbles, pour les fins d’une route. Par la suite, le ministère de la Voirie de la Colombie-Britannique a créé un corridor d’une largeur de 100 pieds à travers la réserve et il a finalement construit l’autoroute Lougheed au milieu du corridor, qui est exclusivement et continuellement utilisée depuis lors par la province. Conformément à l’alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, la bande a pris des règlements administratifs en matière d’évaluation et d’imposition de taxes, lesquels ont dûment été approuvés par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. L’appelant a ensuite imposé l’intimée pour l’utilisation des terres de réserve et a délivré des avis de cotisation pour les années d’imposition 1997 et 1998. L’intimée a interjeté appel contre les cotisations devant la Commission de révision de la bande indienne de Seabird Island, qui a décidé que les terres et le réseau de câbles étaient situés «dans la réserve» et que l’appelant les avait donc à juste titre imposés. En appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale, le juge d’appel a accueilli l’appel et a statué que les biens en question n’étaient pas situés «dans la réserve» et que la bande ne pouvait donc pas les taxer. Par la suite, la Cour suprême du Canada a examiné le décret 1957-577 (le décret Osoyoos) dans *Bande indienne d’Osoyoos c. Oliver (Ville)*. La majorité a statué que le décret Osoyoos, dont le libellé était presque identique à celui du décret Seabird, accordait un droit inférieur à un droit à la pleine propriété et que le canal d’irrigation en cause était donc encore situé «dans la réserve». Au fond, il a été statué que, si la pleine propriété des terres ou quelque droit inférieur permettaient tous les deux de réaliser la fin d’intérêt public pour laquelle les terres avaient été prises et si le décret était ambigu, il fallait recourir à l’interprétation qui portait le moins possible atteinte au droit de la bande. En l’espèce, il s’agissait principalement de savoir si le réseau de câbles de fibre optique de l’intimée avait été imposé d’une façon appropriée conformément aux règlements administratifs de la bande.

Arrêt (le juge Noël, J.C.A. dissident): l’appel doit être accueilli.

Juge Linden J.C.A. (le juge Desjardins J.C.A. souscrivant à son avis): L’appelant a cherché à présenter de nouveaux éléments de preuve tendant à montrer que, malgré les dispositions de la *Highway Act* de la Colombie-Britannique, l’autoroute Lougheed est en partie située sur des terres qui n’appartiennent pas d’une façon absolue à la province, mais qui ont été louées, initialement au Canadien Pacifique Limitée et maintenant à Sa Majesté la Reine du Chef du Canada. Une cour d’appel peut examiner de nouveaux éléments de preuve factuels s’il n’était pas possible de les découvrir plus tôt en faisant preuve d’une diligence raisonnable, s’il sont pour ainsi dire déterminants quant à une question dans l’appel et s’ils sont crédibles. La seule question en l’espèce était de savoir si la preuve était pour ainsi dire déterminante, c’est-à-dire si elle

could reasonably be expected to affect the result of the trial. Even if the appellant had failed to satisfy the three-prong test, the Court retained an overriding discretion to admit new evidence. This was a situation where this Court should exercise that discretion. The appellant's motion to adduce new evidence was granted.

Two overarching principles arise in the context of dealings with an Aboriginal interest in reserve land. First, the Crown owes a fiduciary duty to the band when it participates in removing land from a reserve. Thus, enactments aimed at abrogating Indian rights should be interpreted as narrowly as possible, within the limits inferred from surrounding and underlying policy considerations. Second, an Aboriginal interest in reserve land is *sui generis* in nature, and is similar to Aboriginal title, as both are inalienable except to the Crown, both are rights of use and occupation and both are held communally. These principles, in conjunction with the Crown's fiduciary obligations under section 35 of the *Indian Act*, dictate that a clear and plain intention must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve.

According to the Supreme Court of Canada, paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act* should be given a broad reading, and unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purpose of that provision. Common law property concepts of "fee simple" and "easement" must be used carefully, not only because of the special nature of public ownership, but also because of the fact that this transfer involved an Aboriginal interest in reserve land. The proper question in interpreting the Seabird Order is not whether the Order granted a fee simple or an easement to the province, but whether the federal government intended to completely extinguish the entire Aboriginal interest in the Reserve. This is a subtle but important difference in that the essential issue does not concern what the province has, but what the Band retains.

The respondent argued that the contextual evidence was sufficient to infer such an intention. One of the primary contextual factors was the provincial legislation pursuant to which the transfer of land was authorized, since the federal

pouvait raisonnablement avoir un effet sur le résultat du procès. Selon l'analyse juridique correcte, la preuve que l'on a tenté de présenter aurait été précieuse, elle aurait eu une influence et elle pouvait raisonnablement avoir un effet sur le résultat du procès. Même si l'appelant n'avait pas satisfait au critère à trois volets, la Cour conservait un pouvoir discrétionnaire primordial lorsqu'il s'agissait d'admettre de nouveaux éléments de preuve. Il s'agissait d'une situation dans laquelle cette Cour devait exercer ce pouvoir discrétionnaire. La requête que l'appelant avait présentée en vue de soumettre de nouveaux éléments de preuve a été accueillie.

Deux principes fondamentaux s'appliquent dans le contexte d'opérations relatives à un droit autochtone sur les terres de réserve. Premièrement, la Couronne a envers la bande une obligation de fiduciaire lorsqu'elle participe à la prise des terres d'une réserve. Par conséquent, les dispositions visant à abroger les droits des Indiens devraient être interprétées le plus strictement possible, dans les limites qui s'imposent compte tenu des considérations de principe pertinentes. Deuxièmement, le droit autochtone afférent aux terres de réserve est de nature *sui generis* et il est semblable au titre aborigène, étant donné que les deux types de droits sont inaliénables sauf en faveur de la Couronne, qu'ils constituent des droits d'usage et d'occupation et qu'ils sont tous deux détenus collectivement. Ces principes, avec les obligations de fiduciaire incombant à la Couronne en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, exigent qu'il y ait une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve.

Selon la Cour suprême du Canada, l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* devrait être interprété largement et, à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de cette disposition. Les notions de «pleine propriété» et de «servitude» du droit des biens en common law doivent être utilisées avec prudence, non seulement à cause de la nature spéciale de la propriété publique, mais aussi parce que ce transfert se rapportait à un droit autochtone sur des terres de réserve. La question ne consiste pas à savoir si le décret Seabird octroyait la pleine propriété ou une servitude à la province, mais plutôt si le gouvernement fédéral avait l'intention d'éteindre complètement tout le droit autochtone dans la réserve. Il s'agit d'une différence subtile, mais importante, en ce sens que la question essentielle ne se rapporte pas à ce que la province détient, mais à ce que la bande conserve.

L'intimée a soutenu que la preuve contextuelle était suffisante pour inférer pareille intention. L'un des facteurs contextuels primordiaux était la législation provinciale en vertu de laquelle le transfert de terres était autorisé, étant

government could not “grant an interest greater than the one the Province was authorized to take under its own legislation”. In this case, the *Highway Act* generally authorized the province to take or use land. The language of the provincial legislation is not determinative of, nor does it establish a presumption regarding the federal government’s intention. The federal government’s fiduciary obligation is owed to the Aboriginals, not to the province. Therefore, it is incorrect to presume, absent an indication to the contrary, that the federal government intended to grant to the province what it wanted. The Crown’s fiduciary obligation under section 35 mandates that the Governor in Council grant only the minimum interest required in order to fulfill the public purpose. The terms of the transfer are influenced by the public purpose, not by the language of the provincial legislation or the province’s intention. Although the language of the *Highway Act* is one of the factors suggesting that the grant operated as a “complete extinguishment” of the Aboriginal interest in the corridor, it does not, by itself, establish a clear and plain intention and, therefore, is not conclusive of the matter. The only contextual evidence in this case suggested that it was not necessary to completely extinguish the Band’s interest in the corridor to construct and maintain the Lougheed Highway. The respondent argued that, had the federal government intended to grant to the province less than an absolute interest in the land, it would have used language similar to that in Order in Council P.C. 1953-30, which granted an easement to the British Columbia Electric Company Limited. Although the 1953 Order provides an example of one type of language that may be used to transfer less than an absolute interest in land, it did not clearly and plainly follow that different language cannot achieve a similar result. Thus, the 1953 Order might be relevant but was not determinative of the matter.

The slight differences in the terms of the transfer, in conjunction with additional contextual evidence not present in *Osoyoos*, did not establish a clear and plain intention to extinguish completely the Aboriginal interest in the corridor. The language of the Seabird Order, like the *Osoyoos* Order, is genuinely ambiguous. Because of this ambiguity, it must be interpreted to mean that the entire Aboriginal interest in the Lougheed Highway corridor was not extinguished, and therefore, the Band was entitled to exercise the powers granted by paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*.

Per Noël J.A. (dissenting): The reasoning of the Supreme Court of Canada in the *Osoyoos* case supported the conclusion reached by the Appeal Judge in this case. Although the wording of the Seabird Order is similar to the one reviewed by

donné que le gouvernement fédéral ne pouvait pas «octroyer un droit supérieur à celui que la province avait le pouvoir de prendre en vertu de ses propres lois». En l’espèce, la *Highway Act* autorisait d’une façon générale la province à prendre ou à utiliser les terres. Le libellé de la législation provinciale n’est pas déterminant et n’établit pas une présomption au sujet de l’intention du gouvernement fédéral. Le gouvernement fédéral a une obligation de fiduciaire envers les Autochtones, plutôt qu’envers la province. Il n’est donc pas correct de présumer, en l’absence d’une indication contraire, que le gouvernement fédéral avait l’intention d’octroyer à la province ce qu’elle voulait. L’obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne en vertu de l’article 35 exige que le gouverneur en conseil n’exproprie que le droit minimal requis pour réaliser la fin d’intérêt public. Les conditions du transfert sont influencées par la fin d’intérêt public plutôt que par le libellé de la législation provinciale ou par l’intention de la province. Le libellé de la *Highway Act* est l’un des facteurs donnant à entendre que l’octroi avait pour effet d’«éteindre entièrement» le droit autochtone dans le corridor, mais il n’établit pas en soi une intention claire et nette et il n’est donc pas déterminant. La seule preuve contextuelle en l’espèce donnait à entendre qu’il n’était pas nécessaire d’éteindre complètement le droit de la bande dans le corridor aux fins de la construction et de l’entretien de l’autoroute Lougheed. L’intimée a soutenu que si le gouvernement fédéral avait eu l’intention d’octroyer à la province moins qu’un droit absolu sur les terres, il aurait employé un libellé semblable à celui qu’il a employé dans le décret C.P. 1953-30, par lequel une servitude était octroyée à British Columbia Electric Company Limited. Le décret de 1953 constitue un type de libellé qui peut être employé pour transférer un droit inférieur à un droit absolu sur une terre, mais il ne s’ensuit pas de façon claire et nette qu’un libellé différent ne permet pas d’atteindre un résultat similaire. Par conséquent, le décret de 1953 était peut-être pertinent, mais il n’était pas déterminant.

Les légères différences existant dans les conditions du transfert, auxquelles vient s’ajouter une preuve contextuelle additionnelle qui n’existait pas dans l’affaire *Osoyoos*, n’établissaient pas une intention claire et nette d’éteindre complètement le droit autochtone dans le corridor. Le libellé du décret Seabird, comme celui du décret *Osoyoos*, est réellement ambigu. Parce qu’il est ambigu, le décret Seabird doit être interprété de façon à donner à entendre que le droit autochtone dans le corridor où est située l’autoroute Lougheed n’était pas éteint au complet et, par conséquent, la bande pouvait à bon droit exercer les pouvoirs conférés par l’alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*.

Le juge Noël, J.C.A. (dissident): Le raisonnement de la Cour suprême du Canada dans l’arrêt *Osoyoos* était la conclusion que le juge d’appel avait tirée en l’espèce. Le libellé du décret Seabird est semblable à celui que la Cour

the Supreme Court in *Osoyoos*, there are two crucial differences which would have led the majority to reach a different result in *Osoyoos*. The first difference relates to the nature of the interest transferred under section 35 of the *Indian Act*. Having found, in *Osoyoos*, that nothing more than a leasehold interest or an easement was “reasonably required” to construct, operate or maintain the canal within the meaning of the *Water Act*, the Court was bound to conclude that the Order in Council did not convey a greater interest. The provincial government could not take more, and the federal government could not grant more, than what the *Water Act* authorized. No such restriction existed here. On the contrary, section 5 of the *Highway Act*, as it read at the relevant time, contemplated that “Unless otherwise provided for, the soil and freehold of every public highway shall be vested in His Majesty”. The Appeal Judge’s finding with regard to lands taken by a province for highway purposes was based on the words of the *Highway Act* and plain common sense. He did not proceed on the basis that the provincial legislation was *prima facie* determinative of the terms of the transfer; his reasons made it clear that the only relevant intention was that of the Crown acting in its federal capacity. There was no error in the approach adopted by the Appeal Judge. Only a clear and plain intention on the part of the federal government could support a conclusion that land has been removed from a reserve. The other crucial difference between the two Orders in Council lies in the last clause which deals with mineral rights. Accepting that the reservation of mineral rights in the *Osoyoos* case was a “boiler plate” provision, the equivalent clause in the Seabird Order in Council could not be labelled the same way. The federal government, in an obvious attempt to reconcile the public interest in having the subject lands used for highway purposes and its fiduciary duty to minimally impair Indian interests in reserve land, carefully carved out of the interest granted to the province, the ownership of mines and minerals and provided for the right to use and occupy the said lands as may be necessary for the exploitation of these mines and minerals. The principle of minimal impairment will tilt the balance in favour of the Indian interests wherever there is a “genuine” ambiguity in the intention of the federal government as evidenced by the instrument of conveyance. In the absence of any real doubt about the nature and extent of the interest conveyed, it is incumbent upon the courts to give effect to the clear and plain intention of the federal government. It was not shown that a genuine ambiguity existed in this case or that the Appeal Judge erred in concluding that it was plain and obvious that the federal government by its Order in Council transferred to the Province absolute ownership of the subject lands, save and except for the mines and minerals found to exist within these lands. Nor was it shown that the Appeal Judge committed any error in holding that the corridor of land comprising the Lougheed Highway continues to be used for “road purposes”.

suprême avait examiné dans l’arrêt *Osoyoos*, mais il y a deux différences cruciales qui auraient amené la majorité à en arriver à un résultat différent dans l’arrêt *Osoyoos*. La première différence se rapporte à la nature du droit transféré en vertu de l’article 35 de la *Loi sur les Indiens*. Ayant conclu, dans l’arrêt *Osoyoos*, qu’il n’avait pas été démontré qu’un droit supérieur à un intérêt à bail ou à une servitude était «raisonnablement requis» pour les fins de la construction, de l’exploitation ou de l’entretien du canal au sens de la *Water Act*, la Cour était tenue de conclure que le décret ne cédait pas un droit supérieur. Le gouvernement provincial ne pouvait pas prendre plus, et le gouvernement fédéral ne pouvait pas octroyer plus, que ce que la *Water Act* autorisait. Aucune restriction de ce genre n’existait en l’espèce. Au contraire, l’article 5 de la *Highway Act*, tel qu’il était libellé au moment pertinent, prévoyait que «sauf indications contraires, le titre de propriété du fonds de terre et de la voie publique [était] détenu par Sa Majesté». La conclusion du juge d’appel, en ce qui concerne les terres prises par une province pour les fins d’une route, était fondée sur le libellé de la *Highway Act* et sur le simple bon sens. Le juge ne s’est pas fondé sur le fait que la législation provinciale était à première vue déterminante quant aux conditions du transfert; ses motifs montraient clairement que la seule intention pertinente était celle de la Couronne agissant à titre de gouvernement fédéral. Il n’y avait pas d’erreur dans l’approche adoptée par le juge d’appel. Seule une intention claire et expresse de la part du gouvernement fédéral pouvait étayer une conclusion selon laquelle des terres avaient été retirées d’une réserve. L’autre différence cruciale entre les deux décrets se rapportait à la dernière clause, qui traitait des droits miniers. S’il est reconnu que la clause relative à la réserve afférente aux droits miniers dans l’affaire *Osoyoos* était une disposition type, la clause équivalente dans le décret Seabird ne pouvait aucunement être qualifiée de la même façon. Le gouvernement fédéral, qui tentait de toute évidence de concilier l’intérêt public exigeant que les terres en cause soient utilisées pour les fins de la route d’une part, et son obligation fiduciaire de porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens sur les terres de réserve d’autre part, a minutieusement exclu du droit conféré à la province le droit de propriété relatif aux mines et minerais et a conféré le droit d’utiliser et d’occuper lesdites terres dans la mesure où il était nécessaire pour exploiter ces mines et minerais. Le principe de l’atteinte minimale fera pencher la balance du côté des droits des Indiens dans tous les cas où il existe une ambiguïté «réelle» dans l’intention du gouvernement fédéral tel qu’en fait foi le document de transfert. En l’absence de tout doute réel au sujet de la nature et de l’étendue du droit qui est cédé, il incombe aux tribunaux judiciaires de donner effet à l’intention claire et nette du gouvernement fédéral. Il n’a pas été démontré qu’il existait en l’espèce une ambiguïté réelle ou que le juge d’appel avait commis une erreur en concluant qu’il ressortait manifestement du décret que le gouvernement

fédéral avait cédé à la province un droit de propriété absolu sur les terres en cause à l'exception des mines et minerais qui se trouvaient dans ces terres. Il n'a pas non plus été démontré que le juge d'appel avait commis une erreur en statuant que le corridor dans lequel était située l'autoroute Lougheed continuait à être utilisé «pour les fins d'une route».

STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

Constitution Act, 1867, 30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.) (as am. by *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982*, Item 1) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5], s. 91(24).
Constitution Act, 1982, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44], s. 35.
Federal Court Act, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 24 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6).
Federal Court Rules, 1998, SOR/98-106, r. 351.
Highway Act, R.S.B.C. 1948, c. 144, ss. 5, 8, 9, 11.
Indian Act, R.S.C. 1952, c. 149, ss. 2(1), 35, 87.
Indian Act, R.S.C., 1985, c. I-5, s. 83(1)(a) (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10), (2) (as am. *idem*), (3) (as am. *idem*), 88.
Water Act, R.S.B.C. 1948, c. 361, s. 21(1),(2).

CASES JUDICIALLY CONSIDERED

FOLLOWED:

Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town), [2001] 3 S.C.R. 746; (2001), 206 D.L.R. (4th) 385; [2002] 1 W.W.R. 23; 95 B.C.L.R. (3d) 22; [2002] 1 C.N.L.R. 271; 160 B.C.A.C. 171; 278 N.R. 201; 45 R.P.R. (3d) 1.

APPLIED:

Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans), 2002 FCA 22; [2002] F.C.J. No. 146 (C.A.) (QL).

CONSIDERED:

Mitchell v. Peguis Indian Band, [1990] 2 S.C.R. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

REFERRED TO:

Opetchesah Indian Band v. Canada, [1997] 2 S.C.R. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 211 N.R. 241; 9 R.P.R. (3d) 115; 147 W.A.C. 1; *Canadian Pacific Ltd. v.*

LOIS ET RÈGLEMENTS

Highway Act, R.S.B.C. 1948, ch. 144, art. 5, 8, 9, 11.
Loi constitutionnelle de 1867, 30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.) (mod. par la *Loi de 1982 du Canada*, 1982, ch. 11 (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982*, n° 1) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5], art. 91(24).
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.
Loi sur la Cour fédérale, L.R.C. (1985), ch. F-7, art. 24 (mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6).
Loi sur les Indiens, L.R.C. (1985), ch. I-5, art. 83(1)(a) (mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.), ch. 17, art. 10), (2) (mod., *idem*), (3) (mod., *idem*), 88.
Loi sur les Indiens, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 2(1), 35, 87.
Règles de la Cour fédérale (1998), DORS/98-106, règle 351.
Water Act, R.S.B.C. 1948, ch. 361, art. 21(1),(2).

JURISPRUDENCE

DÉCISION SUIVIE:

Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville), [2001] 3 R.C.S. 746; (2001), 206 D.L.R. (4th) 385; [2002] W.W.R. 23; 95 B.C.L.R. (3d) 22; [2002] 1 C.N.L.R. 271; 160 B.C.A.C. 171; 278 N.R. 201; 45 R.P.R. (3d) 1.

DÉCISION APPLIQUÉE:

Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et Océans), 2002 CAF 22; [2002] A.C.F. n° 146 (C.A.) (QL).

DÉCISION EXAMINÉE:

Mitchell c. Bande indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85; (1990), 71 D.L.R. (4th) 193; [1990] 5 W.W.R. 97; 67 Man. R. (2d) 81; [1990] 3 C.N.L.R. 46; 110 N.R. 241; 3 T.C.T. 5219.

DÉCISIONS CITÉES:

Bande indienne des Opetchesah c. Canada, [1997] 2 R.C.S. 119; (1997), 147 D.L.R. (4th) 1; [1997] 7 W.W.R. 253; 90 B.C.A.C. 1; [1998] 1 C.N.L.R. 134; 211 N.R. 241; 9 R.P.R. (3d) 115; 147 W.A.C. 1; *Canadien*

Matsqui Indian Band (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (F.C.A.); *Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board)* (1992), 70 B.C.A.C. 309; 192 N.R. 390 (S.C.C.); *Frank Brunckhorst Co. v. Gainers Inc.*, [1993] F.C.J. No. 874 (C.A.) (QL); *Glaxo Wellcome PLC v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)* (1998), 22 C.P.C. (4th) 99; 80 C.P.R. (3d) 385; 225 N.R. 28 (F.C.A.); *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R.1; *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89; *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; [1999] 10 W.W.R. 34; 66 B.C.L.R. (3d) 285; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 299 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (B.C.C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105.

AUTHORS CITED

Black's Law Dictionary, 6th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.

La Forest, G. V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 1969.

APPEAL from a Trial Division decision ([2000] 4 F.C. 350; [2000] 3 C.N.L.R. 16; 192 F.T.R. 55) that reserve lands over which a fibre optic cable system owned by the respondent was hung were not "in the reserve" within the meaning of paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*, and therefore were not taxable by the Seabird Island Indian Band. Appeal allowed.

APPEARANCES:

Gary S. Snarch and Fiona C. M. Anderson for appellant.

Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (C.A.F.); *Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers Compensation Board)* (1992), 70 B.C.A.C. 309; 192 N.R. 390 (C.S.C.); *Frank Brunckhorst Co. c. Gainers Inc.*, [1993] A.C.F. n° 874 (C.A.) (QL); *Glaxo Wellcome PLC c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)* (1998), 22 C.P.C. (4th) 99; 80 C.P.R. (3d) 385; 225 N.R. 28 (C.A.F.); *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313; (1973), 34 D.L.R. (3d) 145; [1973] 4 W.W.R.1; *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; (1996), 137 D.L.R. (4th) 289; [1996] 9 W.W.R. 1; 23 B.C.L.R. (3d) 1; 80 B.C.A.C. 81; 109 C.C.C. (3d) 1; [1996] 4 C.N.L.R. 177; 50 C.R. (4th) 1; 200 N.R. 1; 130 W.A.C. 81; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; (1996), 138 D.L.R. (4th) 657; 110 C.C.C. (3d) 97; [1996] 4 C.N.L.R. 1; 202 N.R. 89; *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010; (1997), 153 D.L.R. (4th) 193; [1999] 10 W.W.R. 34; 66 B.C.L.R. (3d) 285; 99 B.C.A.C. 161; [1998] 1 C.N.L.R. 14; 220 N.R. 161; 162 W.A.C. 161; *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723; (1996), 137 D.L.R. (4th) 648; [1996] 9 W.W.R. 149; 79 B.C.A.C. 161; 23 B.C.L.R. (3d) 155; 109 C.C.C. (3d) 193; [1996] 4 C.N.L.R. 65; 50 C.R. (4th) 111; 200 N.R. 189; 129 W.A.C. 161; *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 299 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (C.A.C.-B.); *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654; (1988), 91 N.B.R. (2d) 43; 53 D.L.R. (4th) 487; 232 A.P.R. 43; [1989] 1 C.N.L.R. 47; 89 N.R. 325; 1 R.P.R. (2d) 105.

DOCTRINE

Black's Law Dictionary, 6th ed., St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1990.

La Forest, G. V. *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution*, Toronto: University of Toronto Press, 1969.

APPEL d'une décision de la Section de première instance ([2000] 4 C.F. 350; [2000] 3 C.N.L.R. 16; 192 F.T.R. 55) portant que les terres d'une réserve sur lesquelles était installé un réseau de câbles de fibre optique appartenant à l'intimée n'étaient pas situées «dans la réserve» au sens de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* et que la bande indienne de Seabird Island ne pouvait donc pas les taxer. Appel accueilli.

ONT COMPARU:

Gary S. Snarch et Fiona C. M. Anderson pour l'appelant.

Ronald A. Skolrood and John M. Olynyk for respondent.

Ronald A. Skolrood et John M. Olynyk pour l'intimée.

SOLICITORS OF RECORD:

Snarch & Allen, Vancouver, for appellant.
Lawson Lundell, Vancouver, for respondent.

AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

Snarch & Allen, Vancouver, pour l'appelant.
Lawson Lundell, Vancouver, pour l'intimée.

The following are the reasons for judgment rendered in English by

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

LINDEN J.A.:

LE JUGE LINDEN, J.C.A.:

I. INTRODUCTION

[1] What is involved in this appeal is whether a decision of the Federal Court Trial Division, acting under section 24 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6] of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, and section 60 of the *Seabird Island Indian Assessment By-law*, dated September 25, 1992, rendered prior to the decision of the Supreme Court of Canada in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, [2001] 3 S.C.R. 746, can stand in the light of the Supreme Court's decision. In my view, it cannot.

[2] This appeal stems from taxation assessments related to a fibre optic cable system, which is owned by Telus Communications ("Telus" or the "respondent", formerly BC Tel) and runs across the Seabird Island Indian Reserve (the Reserve). The Assessor for Seabird Island Indian Band (the appellant) assessed the cable system in 1997 and 1998, pursuant to the by-laws of the Seabird Island Indian Band (the Band). The respondent appealed the assessments to the Seabird Island Indian Band Board of Review (the Board), arguing that the cable system was not on land, "in the reserve" within the meaning of paragraph 83(1)(a) [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10] of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5. The Board held that the land and the cable system were "in the reserve" and, therefore, were properly assessed by the appellant. The respondent appealed to the Federal Court Trial Division. In a decision now reported as *BC Tel v. Seabird Island Indian Band*, [2000] 4 F.C. 350 (T.D.), the Appeal Judge, a Trial Division Judge of this Court, who did not have the benefit of the Supreme Court's recent teachings

I. INTRODUCTION

[1] Dans cet appel, il s'agit de savoir si une décision de la Section de première instance de la Cour fédérale, agissant en vertu de l'article 24 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6] de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et de l'article 60 du *Seabird Island Indian Assessment By-law*, en date du 25 septembre 1992, laquelle a été rendue avant que la Cour suprême du Canada fasse connaître sa décision dans l'affaire *Bande indienne d'Osoyoos c. Oliver (Ville)*, [2001] 3 R.C.S. 746 peut être maintenue compte tenu de cette dernière décision. À mon avis, elle ne peut pas l'être.

[2] Cet appel découle de l'établissement de cotisations relatives à un réseau de câbles de fibre optique, qui appartient à Telus Communications («Telus» ou «l'intimée», autrefois BC Tel) et traverse la réserve indienne de Seabird Island (la réserve). L'évaluateur de la bande indienne de Seabird Island (l'appelant) a imposé le réseau de câbles en 1997 et en 1998, conformément aux règlements administratifs de la bande indienne (la bande). L'intimée a interjeté appel contre les cotisations devant la Commission de révision de la bande indienne de Seabird Island (la Commission), en alléguant que le réseau de câbles n'était pas installé sur des terres situées «dans la réserve» au sens de l'alinéa 83(1)a) [mod. par L.R.C. (1985) (4^e suppl.) ch. 17, art. 10] de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5. La Commission a décidé que les terres et le réseau de câbles étaient situés «dans la réserve» et que l'appelant les avait donc à juste titre imposés. L'intimée a interjeté appel devant la Section de première instance de la Cour fédérale. Dans une décision qui est maintenant publiée sous l'intitulé *BC Tel c. Bande indienne de Seabird*

in *Osoyoos*, *supra*, allowed the appeal, holding that the property was not “in the reserve” and, therefore, it was not taxable by the Band.

[3] Whether the fibre optic cable system is “in the reserve” depends mainly on the interpretation of the 1956 Order in Council, P.C. 1956-1659 (the “Order” or “Seabird Order”), whereby the Governor General in Council authorized the province of British Columbia to take land, which now contains the cable system, from the Reserve for road purposes.

II. FACTS

[4] I should say at the outset that many of the facts in this case are remarkably similar to those in *Osoyoos*, *supra*. Unfortunately, however, as in *Osoyoos*, the factual background is somewhat opaque. Perhaps this is attributable to the strange fact that the province of British Columbia is not a party to the litigation. It seems rather curious that the province has left the respondent, a private concern, to advocate what seem to be, in some measure, the interests of the province and its municipal institutions. Nevertheless, the salient facts of this matter will now be outlined.

[5] The Reserve was set aside in 1879 for the Hope, Ohamil, Peters, Popkum, Skawahlook, Union Bar and Yale Bands of Indians in common. It covers the whole of Seabird Island, which spans 4511 ½ acres, except perhaps for the 100-foot wide corridor of land at issue in this appeal, which measures 44 15/100 acres. As indicated, whether that land now forms part of the Reserve is the very question before this Court.

[6] On February 18, 1958 the Committee of the Privy Council formally created the Seabird Island Indian Band by consolidating the existing bands on the island.

Island, [2000] 4 C.F. 350 (1^{re} inst.), le juge d’appel, un juge de la Section de première instance de cette Cour, qui n’avait pas à sa disposition les enseignements récents de la Cour suprême dans l’arrêt *Osoyoos*, précité, a accueilli l’appel et a statué que les biens en question n’étaient pas situés «dans la réserve» et que la bande ne pouvait donc pas les taxer.

[3] La question de savoir si le réseau de câbles de fibre optique est «dans la réserve» dépend principalement de l’interprétation donnée au décret C.P. 1956-1659 de 1956 (le «décret» ou le «décret Seabird»), par lequel le gouverneur général en conseil autorisait la province de la Colombie-Britannique à prendre des terres de la réserve, où se trouve maintenant le réseau de câbles, pour les fins d’une route.

II. LES FAITS

[4] Il importe au départ de dire qu’un grand nombre des faits de la présente espèce sont remarquablement semblables à ceux de l’affaire *Osoyoos*, précitée. Toutefois, malheureusement, comme dans l’affaire *Osoyoos*, le contexte factuel est pour le moins obscur. La chose est peut-être attribuable à l’étrange fait que la province de la Colombie-Britannique n’est pas partie au litige. Il semble plutôt curieux que la province ait laissé l’intimée, une entité privée, défendre ce qui semble dans une certaine mesure mettre en cause ses intérêts et ceux des institutions municipales de la province. Néanmoins, les faits saillants de l’affaire sont ci-dessous énoncés.

[5] La réserve a été mise de côté en 1879 pour les bandes indiennes de Hope, d’Ohamil, de Peters, de Popkum, de Skawahlook, d’Union Bar et de Yale en commun. Elle couvre l’ensemble de Seabird Island, dont la superficie est de quatre mille cinq cent onze acres et demi, sauf peut-être pour le corridor d’une largeur de cent pieds qui est ici en cause, lequel s’étend sur quarante-quatre acres et quinze centièmes. Comme il en a été fait mention, cette Cour est ici saisie de la question de savoir si ce corridor fait maintenant partie de la réserve.

[6] Le 18 février 1958, le comité du Conseil privé a officiellement créé la bande indienne de Seabird Island en fusionnant les bandes existantes qui résidaient sur l’île.

[7] On November 7, 1956, prior to the consolidation of the former bands, the Governor in Council made the Order that lies at the heart of this appeal. The Seabird Order provides:

WHEREAS the Minister of the Department of Highways, Province of British Columbia, has applied for the lands hereinafter described, being a portion of Seabird Island Indian Reserve, in the said Province for road purposes;

AND WHEREAS the sum of \$5,282 has been received from the said Province in full payment for the land required in accordance with a valuation approved by the Band Council of the Seabird Island Band of Indians on the 14th of October, 1954, and officials of the Indian Affairs Branch.

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

Description

The whole of a right-of-way, in Seabird Island Indian Reserve, in the Yale District, in the province of British Columbia, said right-of-way containing by admeasurement forty-four acres and fifteen hundredths of an acre, more or less, as said right-of-way is shown bordered red on a plan of record number Rd four thousand two hundred and twenty-one in Indian Affairs survey records at Ottawa, a copy of which is deposited in the land Registry Office for the New Westminster Land Registration District at New Westminster under plan number sixteen thousand two hundred and eighty-one.

Subject to an easement for a power line right-of-way granted in 1953 to British Columbia Electric Company Limited and as shown on plan B.C. 1129 in the said survey records at Ottawa.

Reserving all mines and minerals whether solid, liquid or gaseous which may be found to exist within, upon or under such lands, together with full power to work the same and for this purpose to enter upon, use and occupy the said lands or so much thereof and to such extent as may be necessary for the effectual working and extracting of the said minerals.

[8] This Order is remarkably similar to Order in Council 1957-577 (the Osoyoos Order), which was enacted the following year and eventually considered in

[7] Le 7 novembre 1956, avant la fusion des anciennes bandes, le gouverneur en conseil a pris le décret qui est au cœur de cet appel. Le décret Seabird est ainsi libellé:

[TRADUCTION]

ATTENDU QUE le ministre de la Voirie, province de la Colombie-Britannique, a demandé les terres ci-après décrites, qui constituent une partie de la réserve indienne de Seabird Island, dans ladite Province, pour les fins d'une route;

ATTENDU QUE la somme de 5 282 \$ a été reçue de ladite Province en paiement complet des terres requises conformément à une évaluation approuvée par le Conseil de la bande indienne de Seabird Island le 14 octobre 1954 et par les représentants de la Direction des affaires indiennes.

À CES CAUSES, il plaît par les présentes à Son Excellence le gouverneur général en conseil, sur la recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, en application de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à la prise de possession desdites terres par la Province de la Colombie-Britannique et d'en céder l'administration et le contrôle à Sa Majesté du chef de la Province de la Colombie-Britannique.

Description

L'ensemble d'un droit de passage, dans la réserve indienne de Seabird Island, dans le district de Yale, dans la province de la Colombie-Britannique, ledit droit de passage ayant une superficie de quarante-quatre acres et quinze centièmes plus ou moins, tel qu'il est représenté, liséré en rouge sur le plan enregistré n° Rd quatre mille deux cent vingt et un des registres d'arpentage des Affaires indiennes, à Ottawa, dont une copie est déposée au bureau d'enregistrement des droits immobiliers du district de New Westminster, à New Westminster, sous le numéro seize mille deux cent quatre-vingt-un.

Sous réserve d'une servitude pour le droit de passage d'une ligne de transmission conférée en 1953 à British Columbia Electric Company Limited tel qu'il est représenté sur le plan B.C. 1129 desdits registres d'arpentage, à Ottawa.

Sous réserve de toute mine et de tout minerai sous forme solide, liquide ou gazeuse pouvant être trouvés dans, sur ou sous ces terres ainsi que du plein pouvoir d'exploiter pareille mine et pareil minerai et, à cette fin, sous réserve du droit d'entrer sur tout ou partie desdites terres, de les utiliser et de les occuper dans la mesure où la chose est nécessaire pour exploiter et extraire lesdits minerais d'une façon efficace.

[8] Ce décret est remarquablement semblable au décret 1957-577 (le décret Osoyoos), qui a été pris l'année suivante et qui a en fin de compte été examiné

Osoyoos, supra. The Supreme Court reproduced [at paragraph 6] the *Osoyoos Order* as follows (I have underlined the differences for ease of reference):

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

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

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

Description

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

dans l'arrêt *Osoyoos*, précité. La Cour suprême a reproduit le décret *Osoyoos* [au paragraphe 6], qui est ainsi libellé (pour plus de commodité, j'ai souligné les différences):

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

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

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

Description

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

Reserving thereout and therefrom all mines and minerals and the right to work the same. [The Seabird Order in Council contains further particulars, reserving also the right to enter upon, use and occupy the said lands for the purpose of extracting mines and minerals.]

[9] There are a few differences between the two orders, which should be noted. The Osoyoos Order provided for the Minister of Agriculture, rather than the Minister of the Department of Highways, to acquire an interest in land in an Indian reserve for irrigation canal purposes, rather than road purposes. The province of British Columbia paid a higher sum of money for the land at issue in the Osoyoos Order, which covered a slightly larger geographical area than the Seabird Order. Of course, the dates, the numbers of the plans of record and the identity of the Land Registry Offices are different in each order. The Osoyoos Order excepted out one or more roads already reserved by the province and, like the Seabird Order, was subject to a prior grant of an easement for a power transmission line. The specifics of these exceptions account for most of the differences between each order's description. Finally, the reservation of mines and minerals in the Seabird Order is somewhat more detailed. Aside from these differences, and several clearly immaterial grammatical points, the terms of the orders are virtually identical. The main difference relied on by the respondent is in the provincial legislation under which the two interests in land were taken, which will be described later.

[10] Although the precise date is not known, sometime after the Seabird Order was made the British Columbia Department of Highways created a corridor, 100 feet wide, across the Reserve. The province eventually constructed the Lougheed Highway, a major highway that runs between Vancouver and Hope, British Columbia, in the middle of the corridor. The paved part of the Highway is 38 wide with a shoulder, ditch and buffer zone on either side. According to the Board, the Highway has been used exclusively and continuously by the province for over 40 years.

Le tout sous réserve des mines et des minéraux et du droit de les exploiter. [Le décret Seabird renferme d'autres dispositions, réservant également le droit d'entrer sur lesdites terres ainsi que le droit de les utiliser et de les occuper aux fins de l'exploitation des mines et minerais.]

[9] Il y a entre les deux décrets quelques différences qui doivent être notées. Selon le décret Osoyoos, c'était le ministre de l'Agriculture, et non le ministre de la Voirie, qui acquérait un droit sur les terres de la réserve indienne et c'était un canal d'irrigation qui était en cause plutôt qu'une route. La province de la Colombie-Britannique avait payé une somme plus élevée pour les terres visées par le décret Osoyoos, dont la superficie était légèrement supérieure à celle des terres visées par le décret Seabird. Bien sûr, les dates, les numéros des plans enregistrés et l'identité des bureaux d'enregistrement des droits immobiliers sont différents dans chaque décret. Le décret Osoyoos établissait une exception à l'égard des routes déjà réservées par la province et, comme le décret Seabird, il était assujéti à une servitude existante relative à une ligne de haute tension. La plupart des différences entre les descriptions figurant dans ces décrets se rapportent à des détails relatifs à ces exceptions. Enfin, la réserve relative aux mines et minerais figurant dans le décret Seabird est un peu plus détaillée. À part ces différences, et à part plusieurs différences sur le plan de la syntaxe qui ne sont clairement pas pertinentes, les dispositions des décrets sont presque identiques. La principale différence sur laquelle se fonde l'intimée se trouve dans la législation provinciale en vertu de laquelle les droits afférents aux terres ont été acquis, et sera décrite plus loin.

[10] Après la prise du décret Seabird, le ministère de la Voirie de la Colombie-Britannique a créé, la date précise n'étant pas connue, un corridor d'une largeur de 100 pieds à travers la réserve. La province a en fin de compte construit l'autoroute Lougheed, une route importante entre Vancouver et Hope (Colombie-Britannique), au milieu du corridor. La partie asphaltée de la route mesure 38 pieds de largeur et de chaque côté il y a un accotement, un fossé et une zone tampon. Selon la Commission, l'autoroute a exclusivement et continuellement été utilisée par la province pendant plus de 40 ans.

[11] An easement granted to British Columbia Electric Company Limited runs along the corridor's northern edge. That easement was authorized by the Committee of the Privy Council on January 14, 1953. Although this grant is not in issue in this appeal, it is worth reproducing here, as it may provide additional context for interpreting the Order now in dispute.

The Committee of the Privy Council has before them a report dated January 6, 1953, from the Minister of Citizenship and Immigration, representing:

That British Columbia Electric Company Limited, with Head Office at the City of Vancouver, British Columbia, a corporation empowered by statute to take or use lands or any interest therein without the consent of the owner, has applied for the use of the several parcels of land described in the Schedule hereto, being portions of the five Indian Reserves hereinafter named, all being situate in Yale District in the said Province, which lands are required for electric power transmission line purposes;

That the said Corporation has agreed to pay the sum of \$2,042.25 for the use of the said land for so long as the same is required for the aforesaid purpose in accordance with the valuation placed thereon by the officials of the Indian Affairs Branch and the several Band Councils of the respective Bands of Indians for whose use and benefit the lands have been set apart, particulars of which are the following:

Seabird Island Indian Reserve	- \$ 607.75
Ruby Creek Indian Reserve No. 2	- 125.00
Skawehlook Indian Reserve No. 1	- 177.00
Chawutben (Katz) Indian Reserve No. 4	- 1,063.00
Lukseetsis-sum Indian Reserve No. 9	- <u>69.50</u>
Total	\$2,042.25

The Committee, therefore, on the recommendation of the Minister of Citizenship and Immigration, advise that Your Excellency may be pleased, pursuant to the provisions of section 35 of the Indian Act, to consent to the British Columbia Electric Company Limited exercising its aforesaid statutory powers in relation to the lands described in the

[11] Une servitude en faveur de British Columbia Electric Company Limited existe le long de la limite nord du corridor. La création de cette servitude a été autorisée par le comité du Conseil privé le 14 janvier 1953. L'octroi de la servitude n'est pas ici en cause, mais il vaut la peine de reproduire ici le texte s'y rapportant étant donné qu'il peut préciser le contexte aux fins de l'interprétation du décret qui est maintenant en litige.

[TRADUCTION]

Le comité du Conseil privé a devant lui un rapport en date du 6 janvier 1953 du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, dans lequel il est déclaré ce qui suit:

British Columbia Electric Company Limited, dont le siège social est situé dans la ville de Vancouver (Colombie-Britannique), société autorisée en vertu de la loi à prendre ou à utiliser des terres ou tout droit y afférent sans le consentement du propriétaire, a demandé à utiliser les diverses parcelles de terrain décrites dans l'annexe ci-jointe, lesquelles font partie des cinq réserves indiennes ci-après désignées et sont situées dans le district de Yale, dans ladite province, parcelles dont British Columbia Electric Company Limited a besoin afin d'y installer une ligne de transmission d'énergie électrique;

Ladite société a convenu de payer la somme de 2 042,25 \$ en vue d'utiliser lesdites terres, dans la mesure où elle en a besoin aux fins susmentionnées conformément à l'évaluation effectuée à cet égard par les fonctionnaires de la Direction des Affaires indiennes et par les divers conseils des bandes indiennes respectives à l'usage et au profit desquelles les terres ont été mises de côté, cette somme se répartissant comme suit:

Réserve indienne de Seabird Island	- 607,75 \$
Réserve indienne de Ruby Creek n° 2	- 125,00 \$
Réserve indienne de Skawehlook n° 1	- 177,00 \$
Réserve indienne de Chawutben (Katz) n° 4	- 1 063,00 \$
Réserve indienne de Lukseetsis-sum n° 9	- <u>69,50 \$</u>
Total	2 042,25 \$

À ces causes, sur recommandation du ministre de la Citoyenneté et de l'Immigration, le comité conseille à Son Excellence, conformément aux dispositions de l'article 35 de la Loi sur les Indiens, de consentir à ce que British Columbia Electric Company Limited exerce les pouvoirs légaux susmentionnés à l'égard des terres décrites dans l'annexe

Schedule hereto, and to authorize the grant to British Columbia Electric Company Limited of an easement for an electric power transmission line right of way on the said lands upon payment of the aforesaid sum of \$2,042.25, and upon such further terms, conditions, and provisions as the Minister of Citizenship and Immigration [illegible] deem necessary and advisable.

The “Schedule” contains metes and bounds descriptions of the specific location and position of the parcels of land subject to the easement referred to in this document.

[12] At the hearing the appellant made a motion to introduce new factual evidence to the effect that a part of the Lougheed Highway rests on lands that are not owned by the province absolutely, but instead are leased, originally from Canadian Pacific Limited and now from Her Majesty the Queen in right of Canada. I will discuss the appellant’s motion in further detail below, however, I mention it here because, if accepted, such evidence contributes to the factual background underlying this appeal.

[13] An agreement dated September 26, 1961 between Her Majesty, represented by the Minister of Citizenship and Immigration, and the British Columbia Electric Company Limited allowed, with the Band’s consent, for the construction and maintenance of poles for electrical, communication and television purposes on the island. Both the agreement and the Band’s consent form acknowledge that the agreement was required because poles would be constructed on “Reserve land” within the meaning of the predecessor to the modern *Indian Act*. This could be seen as an admission in 1961 of the existence of an Indian interest in the land. However, it is unclear whether the particular area described in the consent form is, in fact, within the corridor.

[14] The respondent, Telus, is a corporation that supplies telephone and telecommunications services. On November 2, 1994 the British Columbia Ministry of Transport and Highways granted to the respondent a permit to construct, use and maintain poles and anchors

jointe aux présentes et d’autoriser l’octroi d’une servitude en faveur de British Columbia Electric Company Limited pour un droit de passage relatif à une ligne de transmission d’énergie électrique sur lesdites terres sur paiement de la somme susmentionnée de 2 042,25 \$ et aux autres conditions que le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration [illisible] juge nécessaires et indiquées.

L’«annexe» renferme les descriptions techniques de l’emplacement précis des parcelles de terrain assujetties à la servitude mentionnée dans ce document.

[12] À l’audience, l’appelant a présenté une requête en vue de soumettre de nouveaux éléments de preuve factuels montrant que l’autoroute Lougheed est en partie située sur des terres pour lesquelles la province ne possède pas de droit de propriété absolu, cette dernière étant plutôt titulaire d’un bail, initialement conclu avec Canadien Pacifique Limitée et maintenant conclu avec Sa Majesté la Reine du Chef du Canada. J’examinerai ci-dessous la requête de l’appelant plus à fond, mais j’en fais ici mention parce que, si la requête est accueillie, cette preuve vient s’ajouter au contexte factuel sous-tendant l’appel.

[13] Une entente en date du 26 septembre 1961 entre Sa Majesté, représentée par le ministre de la Citoyenneté et de l’Immigration, et British Columbia Electric Company Limited, permettait, avec le consentement de la bande, la construction et l’entretien de poteaux d’électricité, de communication et de télévision sur l’île. Dans l’entente et dans le formulaire de consentement de la bande, il est reconnu que l’entente était nécessaire parce que les poteaux devaient être érigés sur des «terres de réserve» au sens de l’ancienne *Loi sur les Indiens*. La chose pourrait être considérée comme un aveu, en 1961, de l’existence d’un droit autochtone sur les terres. Toutefois, on ne sait pas trop si la zone particulière décrite dans le formulaire de consentement est de fait située dans le corridor.

[14] L’intimée Telus est une société de prestation de services téléphoniques et de télécommunications. Le 2 novembre 1994, le ministère des Transports et de la Voirie de la Colombie-Britannique a accordé à l’intimée un permis autorisant celle-ci à construire, utiliser et

along the Lougheed Highway. Pursuant to that permit, the respondent installed an aerial fibre optic cable system eight kilometres and 400 metres long, which is strung on poles that run along the inside of the northern edge of the corridor, 25 feet from the road itself. It is not clear whether the respondent's cable is strung along newly constructed poles, or along poles that existed pursuant to the 1961 agreement. Both parties agree, however, that the respondent's cable system is not located within the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited.

[15] Pursuant to paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act* the Band made assessment and taxation by-laws that were duly approved by the Minister of Indian Affairs and Northern Development. The appellant then assessed the respondent for its use of reserve land and issued assessment notices for the 1997 and 1998 taxation years. The District of Kent in the province of British Columbia also assessed the respondent's cable system. Thus, the respondent has been assessed twice. However, the assessment by the District of Kent is in abeyance pending the outcome of this case.

III. LEGISLATIVE FRAMEWORK

[16] Before proceeding, it is helpful to set out the legislation that governs the issues in this appeal. The *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, contained the following provisions at the time the Seabird Order was issued:

2. (1) In this Act,

...

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

...

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

entretenir des poteaux et dispositifs d'ancrage le long de l'autoroute Lougheed. Conformément à ce permis, l'intimée a installé un réseau de câbles de fibre optique d'une longueur de huit kilomètres et quatre cents mètres, lequel est fixé aux poteaux situés juste à l'intérieur de la limite nord du corridor, à 25 pieds de la route elle-même. On ne sait pas trop si le câble de l'intimée est fixé sur des poteaux nouvellement érigés ou sur des poteaux qui existaient conformément à l'entente de 1961. Toutefois, les deux parties conviennent que le réseau de câbles de l'intimée n'est pas installé là où se trouve la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited.

[15] Conformément à l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, la bande a pris des règlements administratifs en matière d'évaluation et d'imposition de taxes, lesquels ont dûment été approuvés par le ministre des Affaires indiennes et du Nord canadien. L'appelant a ensuite imposé l'intimée pour l'utilisation des terres de réserve et a délivré des avis de cotisation pour les années d'imposition 1997 et 1998. Le district de Kent, en Colombie-Britannique, a également imposé le réseau de câbles de l'intimée. Par conséquent, l'intimée a fait l'objet de deux cotisations. Toutefois, la cotisation établie par le district de Kent est en suspens en attendant l'issue de la présente affaire.

III. CONTEXTE LÉGISLATIF

[16] Avant de poursuivre, il est utile d'énoncer les dispositions législatives qui régissent les questions qui se posent dans cet appel. La *Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, renfermait les dispositions suivantes au moment de la prise du décret Seabird:

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

[. . .]

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

[. . .]

18. (1) Sauf les dispositions de la présente loi, Sa Majesté détient des réserves à l'usage et au profit des bandes respectives pour lesquelles elles furent mises de côté; et, sauf la présente loi et les stipulations de tout traité ou cession, le gouverneur en conseil peut décider si tout objet, pour lequel

which lands in a reserve are used or are to be used is for the use and benefit of the band.

...

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

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

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

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

[17] The relevant provisions of the current *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, are as follows:

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

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

...

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

des terres dans une réserve sont ou doivent être utilisées, se trouve à l'usage et au profit de la bande.

[. . .]

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

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

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

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

[17] Les dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens* actuelle, L.R.C. (1985), ch. I-5, sont ainsi libellées:

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

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

[. . .]

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

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

...

88. Subject to the terms of any treaty and any other Act of Parliament, all laws of general application from time to time in force in any province are applicable to and in respect of Indians in the province, except to the extent that those laws are inconsistent with this Act or any order, rule, regulation or by-law made thereunder, and except to the extent that those laws make provision for any matter for which provision is made by or under this Act.

[18] Portions of the *Highway Act*, R.S.B.C. 1948, c. 144, at the time of the Seabird Order, read as follows:

5. Unless otherwise provided for, the soil and freehold of every public highway shall be vested in His Majesty, his heirs and successors.

...

8. (1) It shall be lawful for the Minister in his absolute discretion to make public highways [...] and to take, either at the time the highway is first made or declared or at any subsequent time, additional land beyond the width of the highway so established where necessary for the use or purpose of the Department of Public Works . . . ; and for such purpose, by himself, his agents, and workmen, without any notice to and without any consent on the part of any person owning or occupying the land, or having or claiming any estate, right, title, or interest therein, to enter upon, set out, ascertain, and take possession of any private roads and any lands . . . and also in the like discretion to enter upon any land for the purpose of erecting, maintaining; and removing snow-fences, or cutting any drains that may be thought necessary, or for the purpose of taking therefrom any gravel, timber, stone, and other materials required for the construction or maintenance of any highway.

...

9. The entry by the Minister, his agents, servants, or workmen, as in the last preceding section mentioned, for the purpose of taking possession of any roads or lands shall operate as a complete extinguishment of every title and claim to the roads or lands so entered upon and taken possession of.

...

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

[. . .]

88. Sous réserve des dispositions de quelque traité et de quelque autre loi fédérale, toutes les lois d'application générale et en vigueur dans une province sont applicables aux Indiens qui s'y trouvent et à leur égard, sauf dans la mesure où ces lois sont incompatibles avec la présente loi ou quelque arrêté, ordonnance, règle, règlement ou règlement administratif pris sous son régime, et sauf dans la mesure où ces lois contiennent des dispositions sur toute question prévue par la présente loi ou sous son régime.

[18] Les dispositions pertinentes de la *Highway Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 144, telle qu'elle s'appliquait au moment où le décret Seabird a été pris, étaient ainsi libellées:

[TRADUCTION]

5. Sauf indications contraires, le titre de propriété du fonds de terre et de la voie publique est détenu par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs.

[. . .]

8. (1) Le ministre a le pouvoir discrétionnaire absolu de construire des voies publiques [...] et de prendre possession, au moment où la voie est construite ou annoncée ou à tout moment ultérieur, de terrains supplémentaires se trouvant au-delà de la largeur de la voie ainsi établie lorsque cela est nécessaire pour l'usage ou pour les fins du ministère des Travaux publics [. . .]; et à ces fins personnellement ou par l'entremise de ses mandataires et préposés, sans préavis au propriétaire ou à l'occupant du terrain ou à toute personne détenant ou faisant valoir un domaine, droit, titre ou intérêt à l'égard dudit terrain et sans le consentement de ces personnes, de prendre possession de tout chemin privé et de tout terrain, d'en déterminer les limites requises [...] ainsi que de prendre possession de tout immeuble afin d'ériger et d'entretenir des paraneiges ou d'installer les drains jugés nécessaires, ou afin d'en retirer le gravier, le bois, la roche et les autres matériaux nécessaires à la construction ou à l'entretien d'une route.

[. . .]

9. L'entrée par le ministre, ses mandataires, ses fonctionnaires et ses préposés, comme dans l'article susmentionné, en vue de la prise de possession de toute route ou de tout terrain a pour effet d'éteindre entièrement tout titre et toute revendication relativement aux routes et aux terrains ayant fait l'objet de cette prise de possession.

[. . .]

11. (1) The Minister may at any time, by notice published in the Gazette, . . . discontinue and close in whole or in part any highway . . . The land comprised in any highway which has been discontinued and closed may, . . . become the property of, the owner of the land of which it originally formed part, or the owner of the land adjoining the land so transferred, or may be leased by the Minister to either of those owners, or may be sold, leased, or disposed of by public auction of tender under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, or may, under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, be leased or transferred to the Dominion Government.

IV. PREVIOUS DECISIONS

The Seabird Island Indian Band Board of Review

[19] On August 4, 1998 the Board denied the respondent's appeal and upheld the appellant's 1997 and 1998 assessments, on the basis that the province only had the right to use the transferred land for road purposes and did not have fee simple title to the transferred land. The Board found that if the transferred land should cease to be used for road purposes, then the land would revert to the Band. Consequently, it determined that if the province ceased to use a portion of the transferred land, used it for another purpose or if someone else occupied and used a portion of that land, then the land would no longer be used for the purpose granted and would revert back to the Band.

[20] The Board then concluded that the lands occupied by the respondent's fibre optic cable system were not being used for road purposes and, consequently, even if the land had been removed from the Reserve by the 1956 Order in Council, it had reverted back to the Band as it was not used for the purpose granted. Therefore, according to the Board, the respondent's system was in the Reserve and subject to assessment and taxation by the Band.

[21] Pursuant to section 24 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 and section 60 of the Band's assessment by-laws the respondent appealed the Board's decision to the Federal Court Trial Division on

11. (1) Le ministre peut en tout temps, sur avis publié dans la Gazette, [. . .] abandonner et fermer en tout ou en partie une route [. . .]. Les terres d'une route abandonnée ou fermée peuvent [. . .] être cédées en propriété au propriétaire du terrain dont elles faisaient originalement partie ou au propriétaire du terrain adjacent aux terres cédées, elles peuvent être louées par le ministre à l'un ou l'autre de ces propriétaires, elles peuvent être vendues, louées ou aliénées par voie de vente aux enchères publiques ou par voie d'appel d'offres lancé en vertu du pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil, et elles peuvent, en vertu de ce pouvoir, être louées ou cédées au gouvernement du Dominion.

IV. DÉCISIONS ANTÉRIEURES

La Commission de révision de la bande indienne de Seabird Island

[19] Le 4 août 1998, la Commission a rejeté l'appel de l'intimée et a ratifié les cotisations établies par l'appelant pour les années 1997 et 1998 en se fondant sur le fait que la province avait uniquement le droit d'utiliser les terres cédées pour les besoins d'une route et qu'elle n'avait pas la pleine propriété de ces terres. La Commission a conclu que si les terres qui avaient été cédées cessaient d'être utilisées pour les fins d'une route, elles reviendraient à la bande. Par conséquent, elle a conclu que si la province cessait d'utiliser une partie des terres cédées, si elle les utilisait à d'autres fins ou si quelqu'un d'autre occupait et utilisait une partie de ces terres, les terres ne seraient plus utilisées aux fins pour lesquelles elles avaient été octroyées et elles reviendraient à la bande.

[20] La Commission a ensuite conclu que les terres sur lesquelles était installé le réseau de câbles de fibre optique de l'intimée n'étaient pas utilisées pour les fins d'une route et que, par conséquent, même si les terres avaient été retirées de la réserve par le décret de 1956, elles revenaient à la bande puisqu'elles n'étaient pas utilisées aux fins pour lesquelles elles avaient été octroyées. Selon la Commission, le réseau de l'intimée était donc situé dans la réserve et il pouvait être évalué et taxé par la bande.

[21] Conformément à l'article 24 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7, et à l'article 60 des règlements administratifs de la bande en matière d'évaluation, l'intimée a interjeté appel le 18 septembre

September 18, 1998.

The Federal Court Trial Division

[22] The Appeal Judge allowed the appeal and concluded that the transferred land on which the fibre optic cable was installed was not part of the Reserve and, therefore, not subject to taxation by the appellant.

[23] The Appeal Judge indicated that in order to extinguish the Band's interest in the Reserve land, the Crown's intention must be "clear and plain", as determined by the Supreme Court in *Opetchesaht Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119, and this Court in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.). He reasoned that, as the transfer in this case depended on what the province wanted to take, it was necessary to look at the province's intention to discover what the federal government consented to. The Appeal Judge examined sections 5, 8, 9 and 11 of the B.C. *Highway Act*, *supra*, in force in 1956, to determine that the province's intention was to acquire fee simple title. In fact, the Appeal Judge was not convinced that anything less than fee simple title would enable a province to build and maintain a highway. The Appeal Judge also referred to the fact that the Band had never attempted to exercise control over the corridor. On the whole, he determined that the language used in the Order in Council did not contain anything to detract from the clarity of the province's intention to acquire absolute title.

[24] The Appeal Judge went on to reject the argument that the land was no longer being used for road purposes. He noted that the corridor continues to be used for road purposes notwithstanding the presence of the fibre optic cable system over the transferred land. Regardless, he held that the land would not revert to the Band even if it had ceased to be used for road purposes.

V. ISSUES

[25] The broad issue in this appeal is whether the respondent's fibre optic cable system was properly

1998 contre la décision de la Commission devant la Section de première instance de la Cour fédérale.

La Section de première instance de la Cour fédérale

[22] Le juge d'appel a accueilli l'appel et a conclu que les terres transférées sur lesquelles les câbles de fibre optique étaient installés ne faisaient pas partie de la réserve et qu'elles n'étaient donc pas assujetties à la taxation de la part de l'appellant.

[23] Le juge d'appel a indiqué que pour que le droit de la bande sur les terres de la réserve soit éteint, l'intention de la Couronne doit être «claire et expresse», comme l'a dit la Cour suprême dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, et cette Cour dans l'arrêt *Compagnie Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (C.A.F.). Le juge a conclu qu'étant donné qu'en l'espèce le transfert dépendait de ce que la province voulait prendre, il fallait déterminer l'intention de la province pour savoir ce à quoi le gouvernement fédéral avait consenti. Le juge d'appel a examiné les articles 5, 8, 9 et 11 de la *Highway Act* de la Colombie-Britannique, tels qu'ils s'appliquaient en 1956, et il a conclu que la province avait l'intention d'acquérir la pleine propriété. De fait, le juge d'appel n'était pas convaincu qu'un droit moindre que la pleine propriété aurait pu permettre à la province de construire et d'entretenir une route. Il a également mentionné que la bande n'avait jamais tenté d'exercer un contrôle sur le corridor. Dans l'ensemble, il a conclu que le libellé du décret ne contenait aucun élément qui fasse douter de l'intention de la province d'acquérir un titre absolu.

[24] Le juge d'appel a ensuite rejeté l'argument selon lequel les terres n'étaient plus utilisées pour les fins d'une route. Il a noté que le corridor continue à être utilisé pour les fins d'une route malgré la présence du réseau de câbles de fibre optique sur les terres qui avaient été cédées. Il a néanmoins statué que les terres ne reviendraient pas à la bande même si elles avaient cessé d'être utilisées pour les fins d'une route.

V. LES POINTS LITIGIEUX

[25] Dans cet appel, il s'agit fondamentalement de savoir si le réseau de câbles de fibre optique de l'intimée

assessed pursuant to the Band's by-laws. The appellant raises two underlying questions in this regard. First, did Order in Council 1956-1659, enacted pursuant to section 35 of the *Indian Act*, *supra*, extinguish the entire Aboriginal interest in land in the corridor, so that the Lougheed Highway corridor is no longer "in the reserve" within the meaning of paragraph 83(1)(a)? If so, did the land upon which the fibre optic cable system lies cease to be used for road purposes and, therefore, revert back to the Band and become, once again, "in the reserve" within the meaning of paragraph 83(1)(a)?

VI. ANALYSIS

A. The Motion to Introduce New Evidence on Appeal

[26] As mentioned above, the appellant made a motion at the hearing to introduce new factual evidence on appeal. Rule 351 of the *Federal Court Rules, 1998* [SOR/98-106] reads:

351. In special circumstances, the Court may grant leave to a party to present evidence on a question of fact.

Because this motion impacts directly upon the facts before this Court, it is appropriate to deal briefly with it at the outset of the analysis.

[27] In its motion, the appellant sought to adduce new evidence that, despite the provisions of the B.C. *Highway Act*, *supra*, a part of the Lougheed Highway rests on lands that are leased, originally from Canadian Pacific Limited and now from Her Majesty the Queen in right of Canada. According to the appellant, the fact that the province of British Columbia constructed and now maintains the Lougheed Highway on leased lands conclusively rebuts the Appeal Judge's finding and respondent's argument that, under B.C. law, a fee simple was absolutely necessary to construct and maintain a major highway.

a été imposé d'une façon appropriée conformément aux règlements administratifs de la bande. L'appellant soulève deux questions sous-jacentes à cet égard. Premièrement, le décret 1956-1659, qui a été pris conformément à l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, a-t-il éteint tout le droit autochtone sur les terres situées dans le corridor, de sorte que le corridor dans lequel se trouve l'autoroute Lougheed n'est plus «dans la réserve» au sens de l'alinéa 83(1)a)? Dans l'affirmative, les terres sur lesquelles le réseau de câbles de fibre optique est installé ont-elles cessé d'être utilisées pour les fins d'une route et, par conséquent, reviennent-elles à la bande et redeviennent-elles des terres situées «dans la réserve» au sens de l'alinéa 83(1)a)?

VI. ANALYSE

A. Requête visant la présentation de nouveaux éléments de preuve en appel

[26] Comme il en a ci-dessus été fait mention, l'appellant a présenté une requête, à l'audience, en vue de soumettre de nouveaux éléments de preuve factuels en appel. La règle 351 des *Règles de la Cour fédérale (1998)* [DORS/98-106] est ainsi libellée:

351. Dans des circonstances particulières, la Cour peut permettre à toute partie de présenter des éléments de preuve sur une question de fait.

Étant donné que cette requête influe directement sur les faits dont la Cour est saisie, il convient de l'examiner brièvement au début de l'analyse.

[27] Dans sa requête, l'appellant a cherché à présenter de nouveaux éléments de preuve tendant à montrer que, malgré les dispositions de la *Highway Act* de la Colombie-Britannique, l'autoroute Lougheed est en partie située sur des terres qui ont été louées, initialement au Canadien Pacifique Limitée et maintenant à Sa Majesté la Reine du Chef du Canada. Selon l'appellant, le fait que la province de la Colombie-Britannique a construit et entretient maintenant l'autoroute Lougheed sur des terres louées réfute d'une façon concluante la conclusion du juge d'appel et l'argument de l'intimée, à savoir qu'en vertu de la loi de la Colombie-Britannique, il fallait absolument détenir les terres en pleine propriété pour construire et entretenir une autoroute importante.

[28] Generally, new factual evidence can be considered by an appellate court if it could not have been discovered earlier through reasonable diligence, is practically conclusive of an issue on appeal and, of course, is credible (*Amchem Products Inc. v. British Columbia (Workers' Compensation Board.)* (1992), 70 B.C.A.C. 309 (S.C.C.), at paragraph 6; *Frank Brunckhorst Co. v. Gainers Inc.*, [1993] F.C.J. No. 874 (C.A.) (QL), at paragraph 2). I have no reason to be suspicious of the credibility of this evidence, which the respondent has not made an issue. I am also persuaded that all parties were entirely unaware of this evidence at the time of the trial, and it could not have reasonably been discovered earlier than it was. The only question is whether the evidence is practically conclusive.

[29] As Sharlow J.A. explained in *Chippewas of Nawash First Nation v. Canada (Minister of Fisheries and Oceans)*, 2002 FCA 22; [2002] F.C.J. No. 146 (C.A.) (QL), at paragraph 20, one must enquire whether the evidence “could reasonably be expected to affect the result of the trial”. I do not take this statement to mean that it is necessary for the evidence to have determined or changed the result of the trial, but rather that it likely would have influenced the decision. In this case, one of the central issues is whether or not a complete extinguishment of the Aboriginal interest in the land was necessary to fulfill the public purpose of constructing and maintaining the Lougheed Highway. The evidence sought to be introduced would establish the fact that a leasehold interest, as opposed to full and absolute ownership of the land, was and is sufficient for that purpose. To me, it is clearly reasonable to expect that evidence of this fact would have affected the Appeal Judge’s finding, at paragraph 30, that “[t]he Court is not convinced, however, that anything less than a fee simple interest, in 1956, could allow a province to build and maintain one of its major highways.” It is impossible to say for certain whether this would have changed the outcome of the case, but I have no doubt that, on the correct legal analysis, this evidence would have been valuable and influential, and “could reasonably be expected to affect the result of the trial” (*Chippewas, supra*, at paragraph 20).

[28] En général, une cour d’appel peut examiner de nouveaux éléments de preuve factuels s’il n’était pas possible de les découvrir plus tôt en faisant preuve d’une diligence raisonnable, s’ils sont pour ainsi dire déterminants quant à une question dans l’appel et, bien sûr, s’ils sont crédibles (*Amchem Products Inc. c. Colombie-Britannique (Workers' Compensation Board.)* (1992), 70 B.C.A.C. 309 (C.S.C.), au paragraphe 6; *Frank Brunckhorst Co. c. Gainers Inc.*, [1993] A.C.F. n° 874 (C.A.) (QL), au paragraphe 2). Rien ne m’amène à douter de la crédibilité de cette preuve, que l’intimée n’a pas remise en question. Je suis également convaincu qu’aucune des parties n’était au courant de l’existence de ces éléments de preuve lors de l’instruction et que ces éléments n’auraient pas raisonnablement pu être découverts plus tôt. Il s’agit uniquement de savoir si ces éléments de preuve sont pour ainsi déterminants.

[29] Comme M^{me} le juge Sharlow l’a expliqué dans l’arrêt *Première nation des Chippewas de Nawash c. Canada (Ministre des Pêches et Océans)*, 2002 CAF 22; [2002] A.C.F. n° 146 (C.A.) (QL), au paragraphe 20, il faut se demander si la preuve «pourrait raisonnablement avoir un effet sur le résultat du procès». Je n’interprète pas cette remarque comme signifiant qu’il faut que les éléments de preuve en question soient déterminants quant au résultat du procès ou qu’ils changent le résultat du procès, mais comme signifiant plutôt qu’ils influeraient probablement sur la décision. En l’espèce, l’une des questions fondamentales est de savoir s’il fallait éteindre complètement le droit autochtone afférent aux terres pour réaliser la fin publique qu’était la construction et l’entretien de l’autoroute Lougheed. Les éléments de preuve que l’on cherchait à présenter établiraient qu’un intérêt à bail, par opposition à la propriété pleine et absolue du terrain, était et est suffisant à cette fin. Selon moi, il est clairement raisonnable de croire que la preuve de ce fait aurait influé sur la conclusion que le juge d’appel a tirée au paragraphe 30, à savoir que «[l]a Cour n’est toutefois pas convaincue qu’un droit moindre que la pleine propriété en 1956 aurait pu permettre à la province de construire et d’entretenir l’une de ses autoroutes les plus importantes». Il est impossible de savoir avec exactitude si cela aurait modifié le résultat du procès, mais je ne doute aucunement que, selon l’analyse juridique correcte, cette preuve aurait été précieuse, qu’elle aurait

[30] Moreover, even if the appellant had failed to satisfy the three-prong test set out above, it is well settled that this Court retains an overriding discretion to admit new evidence nevertheless. This discretion may be exercised to avoid an undue burden on scarce judicial resources and “permit a complete record on the appeal so as not to leave the Court in any doubt as to the surrounding circumstances” (*Glaxo Wellcome PLC v. Canada (Minister of National Revenue — M.N.R.)* (1998), 22 C.P.C. (4th) 99 (F.C.A.), at paragraph 12; see also *Amchem, supra*, at paragraph 7).

[31] In my view, this is also a situation where this Court should exercise that discretion. The factual background in this appeal is somewhat deficient, and the interpretation of a nearly 50-year-old document depends in large part upon the contextual factors that may shed light on its enactment. In fact, the respondent itself argues that this case turns on the contextual factors that surround the grant of land in the Order. It would undoubtedly be valuable to have before this Court the fullest version of the facts, circumstances and events possible in order to facilitate our interpretive task.

[32] Therefore, the appellant’s motion to adduce this evidence is granted, with costs in the cause.

B. The Interpretive Framework: *Osoyoos*

[33] I begin the legal analysis by setting out a framework with which to approach these issues. To that end, it is helpful to discuss in some detail the recent decision of the Supreme Court of Canada in *Osoyoos, supra*. In that case, Iacobucci J., writing for the majority, held that the *Osoyoos* Order, which contained terms virtually identical to the *Seabird* Order, granted less than a fee simple interest and, therefore, an

eu une influence et qu’elle «pourrait raisonnablement avoir un effet sur le résultat du procès» (*Chippewas, précité*, au paragraphe 20).

[30] En outre, même si l’appelant n’avait pas satisfait au critère à trois volets ci-dessus énoncé, il est bien établi que cette Cour conserve un pouvoir discrétionnaire primordial lorsqu’il s’agit d’admettre de nouveaux éléments de preuve. Ce pouvoir discrétionnaire peut être exercé en vue d’éviter d’imposer un fardeau trop lourd à des ressources judiciaires restreintes et de «permettr[e] [. . .] de compléter le dossier des appels, dissipant ainsi tout doute que pourrait éprouver la Cour concernant les circonstances de l’affaire» (*Glaxo Wellcome PLC c. Canada (Ministre du Revenu national — M.R.N.)* (1998), 22 C.P.C. (4th) 99 (C.A.F.), au paragraphe 12, voir également *Amchem, précité*, au paragraphe 7).

[31] À mon avis, il s’agit également d’un cas dans lequel cette Cour devrait exercer ce pouvoir discrétionnaire. Dans cet appel, le contexte factuel est quelque peu insuffisant, et l’interprétation d’un document remontant à près de 50 ans dépend en bonne partie des facteurs contextuels qui peuvent jeter la lumière sur son adoption. De fait, l’intimée affirme elle-même que l’affaire dépend du contexte dans lequel les terres visées par le décret ont été octroyées. Il serait sans doute intéressant pour la Cour d’avoir à sa disposition la version des faits, circonstances et événements la plus complète possible afin de faciliter sa tâche sur le plan de l’interprétation.

[32] La requête que l’appelant a présentée en vue de soumettre ces éléments de preuve est donc accueillie, les dépens étant adjugés, et ce, quelle que soit l’issue de la cause.

B. Le cadre d’interprétation: l’arrêt *Osoyoos*

[33] Je commencerai l’analyse juridique en définissant le cadre dans lequel il convient d’aborder ces questions. À cette fin, il est utile d’examiner plus ou moins en détail la décision que la Cour suprême du Canada vient de rendre dans l’affaire *Osoyoos, précitée*. Dans cet arrêt-là, M. le juge Iacobucci, au nom de la majorité, a statué que le décret *Osoyoos*, dont le libellé était presque identique à celui du décret *Seabird*,

irrigation canal was still “in the reserve”. Iacobucci J. did not dispute that, if necessary, full ownership of land could be taken pursuant to section 35 of the *Indian Act*, *supra*. However, the pith of the majority’s judgment was that if either full ownership of the land or something less than that are equally capable of fulfilling the public purpose for which the land was taken, and the Order in Council is ambiguous, then the interpretation least intrusive to the Band’s interest should be preferred. Gonthier J., writing for the minority, thought that section 35 allowed for the expropriation of full ownership of land. Since full ownership was reasonably required for irrigation canal purposes and, in his view, the Osoyoos Order was unambiguous, full ownership was thereby granted.

[34] At least two overarching themes that arise in the context of dealings with an Aboriginal interest in reserve land influence the result of this appeal.

[35] The first overarching principle, accepted by all Justices of the Supreme Court of Canada, is that the Crown owes a fiduciary duty to the band when it participates in removing land from a reserve. Therefore, in the context of section 35 of the *Indian Act*, the Crown ought to reconcile the public’s interest and the band’s interest by consenting to transfer only the minimum land required to fulfill the public purpose (*Osoyoo*, *supra*, at paragraphs 47, 51-55). Gonthier J., for the minority, was of the view that the fiduciary obligation in *Osoyoos* did not include a duty to preserve the band’s taxation jurisdiction because, as in this case, the power to tax came into effect after the enactment of the Osoyoos Order (*ibid.*, at paragraph 135). However, I do not take this as detracting significantly from the Crown’s duty to impair Aboriginal interests in reserve land to the minimum extent possible.

[36] Notably, both Iacobucci J. and Gonthier J. cited *La Forest J.* in *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85, at page 143, where he said:

accordait un droit inférieur à un droit à la pleine propriété et que le canal d’irrigation en cause était donc encore situé «dans la réserve». Le juge Iacobucci ne contestait pas qu’au besoin, la pleine propriété des terres pouvait être obtenue conformément à l’article 35 de la *Loi sur les Indiens*. Toutefois, la majorité a fondamentalement statué que, si la pleine propriété des terres ou quelque droit inférieur permettaient tous les deux de réaliser la fin d’intérêt public pour laquelle les terres avaient été prises et si le décret était ambigu, il fallait recourir à l’interprétation qui portait le moins possible atteinte au droit de la bande. M. le juge Gonthier, au nom des juges minoritaires, croyait que l’article 35 permettait l’expropriation de la pleine propriété des terres. Étant donné que la pleine propriété était raisonnablement requise pour les besoins d’un canal d’irrigation et puisque, de l’avis du juge, le décret Osoyoos n’était pas ambigu, la pleine propriété était accordée.

[34] Au moins deux thèmes fondamentaux, dans le contexte d’opérations relatives à un droit autochtone sur les terres de réserve, influencent l’issue de cet appel.

[35] Selon le premier principe fondamental, que tous les juges de la Cour suprême du Canada ont accepté, la Couronne a envers la bande une obligation de fiduciaire lorsqu’elle participe à la prise des terres d’une réserve. Par conséquent, dans le contexte de l’article 35 de la *Loi sur les Indiens*, la Couronne devrait concilier l’intérêt public et l’intérêt de la bande en consentant à transférer uniquement les terres nécessaires pour la réalisation de la fin d’intérêt public (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 47, 51 à 55). Le juge Gonthier, au nom de la minorité, était d’avis que l’obligation de fiduciaire, dans l’affaire *Osoyoos*, ne comprenait pas l’obligation de préserver le pouvoir d’imposition de la bande parce que, comme c’est ici le cas, ce pouvoir n’avait été conféré qu’après la prise du décret *Osoyoos* (*ibid.*, au paragraphe 135). Toutefois, je ne crois pas que cela change vraiment quoi que ce soit à l’obligation de la Couronne de porter le moins possible atteinte aux droits autochtones afférents aux terres de réserve.

[36] Il importe de noter que les juges Iacobucci et Gonthier ont tous les deux mentionné les remarques que M. le juge La Forest avait faites dans l’arrêt *Mitchell c.*

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

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

Thus, enactments aimed at abrogating Indian rights should be interpreted as narrowly as possible, within the limits inferred from surrounding and underlying policy considerations. This seems to me to be an incontrovertible proposition and, not surprisingly, widely accepted.

[37] The second theme to bear in mind is that an Aboriginal interest in reserve land is *sui generis* in nature (*Osoyoos, supra*, at paragraphs 41-47 *per* Iacobucci J.). It is fundamentally similar to Aboriginal title, as both are inalienable except to the Crown, both are rights of use and occupation and both are held communally. Therefore, traditional common law principles related to real property may not be helpful to give effect to the true purpose of a dealing related to reserve land (*ibid.*, at paragraph 43). It is also important to note that an Indian band cannot unilaterally add to or replace reserve lands (*ibid.*, at paragraph 45), and that an Aboriginal interest in land is more than just a fungible commodity because of important and unique cultural values (*ibid.*, at paragraph 46). These principles, in conjunction with the Crown's fiduciary obligations, dictate that "a clear and plain intention must be present in order to conclude that land has been removed from a reserve" (*ibid.*, at paragraph 47; see also *Matsqui, supra*, at paragraph 27, *per* Décary J.A.; *Calder et al. v. Attorney-General of British Columbia*, [1973] S.C.R. 313, at page 404, *per* Hall J. dissenting). This proposition was also accepted by the Appeal Judge in

Bande indienne Peguis, [1990] 2 R.C.S. 85, à la page 143, à savoir:

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

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

Par conséquent, les dispositions visant à abroger les droits des Indiens devraient être interprétées le plus strictement possible, dans les limites qui s'imposent compte tenu des considérations de principe pertinentes. Cela me semble être une proposition incontestable et il n'est pas surprenant qu'elle soit largement acceptée.

[37] Le deuxième thème se rapporte au caractère *sui generis* du droit autochtone afférent aux terres de réserve (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 41 à 47, juge Iacobucci). Ce droit est fondamentalement semblable au titre aborigène, étant donné que les deux types de droit sont inaliénables sauf en faveur de la Couronne, qu'ils constituent des droits d'usage et d'occupation et qu'ils sont détenus collectivement. Par conséquent, les principes traditionnels du droit des biens en common law peuvent ne pas s'avérer utiles pour donner effet à l'objet véritable des opérations relatives aux terres de réserve (*ibid.*, au paragraphe 43). Il importe également de noter qu'une bande indienne ne peut pas unilatéralement ajouter des terres à sa réserve ou remplacer de telles terres (*ibid.*, au paragraphe 45), et qu'un droit foncier autochtone est plus qu'un simple bien fongible parce qu'il comporte un aspect culturel important et unique (*ibid.*, au paragraphe 46). Ces principes, avec les obligations de fiduciaire de la Couronne, exigent qu'«il [y ait] une intention claire et nette pour que l'on puisse conclure que des terres ont été exclues d'une réserve» (*ibid.*, au paragraphe 47; voir également *Matsqui*, précité, au paragraphe 27, juge

this case, whose reasons were cited by Iacobucci J..

[38] However, this view is not shared by all Justices of the Supreme Court. Gonthier J. suggested that the fundamental premise that underlies a constitutionally protected Aboriginal right, such as Aboriginal title, has no bearing on an Aboriginal interest in reserve land granted purely by statute (*Osoyoos, supra*, at paragraphs 158-174). He felt that if the existence of an Aboriginal interest in reserve land stemmed entirely from modern legislation, then unlike other Aboriginal rights it cannot be premised on a relationship with land that preceded sovereignty (*ibid.*, at paragraphs 166-167, citing *R. v. Van der Peet*, [1996] 2 S.C.R. 507; *R. v. Adams*, [1996] 3 S.C.R. 101; and *Delgamuukw v. British Columbia*, [1997] 3 S.C.R. 1010). Therefore, it does not fit into the same category of rights protected under section 35 of the *Constitution Act, 1982*, Schedule B, *Canada Act 1982*, 1982, c. 11 (U.K.) [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 44].

[39] Yet simply because a bare Aboriginal interest in reserve land may arguably fall short of the special constitutional status conferred upon other Aboriginal rights, I am not convinced it necessarily follows that such an interest can be extinguished through less than a clear and plain intention to do so. Given the principles described by Iacobucci J. and the Crown's fiduciary obligation under section 35 of the *Indian Act*, it makes sense that only a clear and plain intention can extinguish that interest. In any event, this Court is bound by the reasons of the majority of the Supreme Court in *Osoyoos, supra*.

[40] The next question is whether, in light of these principles, the Seabird Order in Council is ambiguous or whether it evinces a clear and plain intention to completely extinguish the Band's interest in the corridor.

Décary; *Calder et autres c. Procureur général de la Colombie-Britannique*, [1973] R.C.S. 313, à la page 404, juge Hall, dissident). Cette proposition a également été retenue dans la présente espèce par le juge d'appel, dont le juge Iacobucci a cité les motifs.

[38] Toutefois, cet avis n'était pas partagé par tous les juges de la Cour suprême. Le juge Gonthier a dit que la prémisse fondamentale qui sous-tend un droit ancestral protégé par la Constitution, comme un titre aborigène, n'influe pas sur un droit autochtone afférent aux terres de réserve qui découle purement de la loi (*Osoyoos, précité*, aux paragraphes 158 à 174). Le juge croyait que si l'existence d'un droit autochtone sur les terres de réserve découlait entièrement de la législation moderne, ce droit ne pouvait pas être fondé, contrairement aux autres droits ancestraux, sur un rapport avec le territoire existant avant l'affirmation de la souveraineté (*ibid.*, aux paragraphes 166 et 167, mentionnant *R. c. Van der Peet*, [1996] 2 R.C.S. 507; *R. c. Adams*, [1996] 3 R.C.S. 101; et *Delgamuukw c. Colombie-Britannique*, [1997] 3 R.C.S. 1010). Ce droit n'appartient donc pas à la catégorie de droits qui sont protégés par l'article 35 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].

[39] Pourtant, le seul fait qu'un simple droit autochtone sur les terres de réserve ne se voit peut-être pas conférer le statut constitutionnel spécial reconnu aux autres droits ancestraux ne me convainc pas qu'il s'ensuit nécessairement que pareil droit peut être éteint à moins qu'il n'existe une intention claire et nette de le faire. Étant donné les principes énoncés par le juge Iacobucci et l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne en vertu de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, il est logique que seule une intention claire et nette puisse éteindre ce droit. Quoi qu'il en soit, cette Cour est liée par les motifs énoncés par la majorité de la Cour suprême dans l'arrêt *Osoyoos, précité*.

[40] Il s'agit ensuite de savoir, à la lumière de ces principes, si le décret Seabird est ambigu ou s'il démontre une intention claire et nette d'éteindre complètement le droit que possède la bande dans le corridor.

C. Interpreting the Order in Council

1. The Purpose of Interpreting the Order

[41] Before proceeding, it is necessary to say something about paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act* in order to determine what to look for when interpreting the Order. According to the Supreme Court of Canada, paragraph 83(1)(a) should be given a broad reading, and “unless the entire interest of a band is removed, land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a)” (*Osoyoos*, *supra*, at paragraphs 49-50, emphasis added).

[42] Throughout these proceedings, and in *Osoyoos*, *supra*, the terms “fee simple” and “easement” have been used regularly to describe the potential interest transferred to the province by the Governor in Council. However, what is really being transferred between the federal and provincial Crowns is not an ordinary conveyance of title in “fee simple”, but the administration and control of lands (*ibid.*, at paragraph 88, *per* Iacobucci J., and paragraph 181, *per* Gonthier J., citing G. V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), at pages 18-19).

[43] We must be careful when using the common law property concepts of “fee simple” and “easement”, not only because of the special nature of public ownership, but also because of the fact that this transfer involved an Aboriginal interest in reserve land (*Osoyoos*, *supra*, at paragraphs 43, 44 and 70). Moreover, bearing in mind that the sole purpose of interpreting the Order is to determine whether the Band retains an interest “in the reserve” for the purpose of paragraph 83(1)(a), we must not lose sight of the proper question to be answered by interpreting the Order in Council.

[44] That question is not whether the Order granted either a fee simple or an easement to the province, but rather, whether the federal government intended to completely extinguish the entire Aboriginal interest in the Reserve. To use the words of Iacobucci J., the question for the purpose of paragraph 83(1)(a) is whether “the entire interest of a band is removed”

C. Interprétation du décret

1. But de l'interprétation

[41] Il faut avant tout faire certaines remarques au sujet de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* en vue de déterminer ce qu'il faut chercher en interprétant le décret. Selon la Cour suprême du Canada, l'alinéa 83(1)a) devrait être interprété largement et, «à moins que le droit que possède la bande ne soit entièrement exclu de la réserve, les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a)» (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 49 et 50, non souligné dans l'original.)

[42] Dans la présente instance et dans l'arrêt *Osoyoos*, précité, les mots «pleine propriété» et «servitude» ont régulièrement été employés en vue de décrire le droit qui pouvait être cédé à la province par le gouverneur en conseil. Toutefois, ce qui est réellement cédé entre les Couronnes fédérale et provinciale n'est pas un transport ordinaire de titre en «pleine propriété», mais la gestion et la maîtrise des terres (*ibid.*, au paragraphe 88, juge Iacobucci, et paragraphe 181, juge Gonthier, citant G.V. La Forest, *Natural Resources and Public Property under the Canadian Constitution* (Toronto: University of Toronto Press, 1969), aux pages 18 et 19).

[43] Nous devons être prudents en utilisant les notions de «pleine propriété» et de «servitude» du droit des biens en common law, non seulement à cause de la nature spéciale de la propriété publique, mais aussi parce que ce transfert se rapportait à un droit autochtone sur des terres de réserve (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 43 et 44 ainsi que 70). En outre, étant donné que l'interprétation du décret vise uniquement à permettre de déterminer si la bande conserve un droit «dans la réserve» pour l'application de l'alinéa 83(1)a), il importe de ne pas oublier la question à laquelle il faut répondre en interprétant le décret.

[44] La question ne consiste pas à savoir si le décret octroyait la pleine propriété ou une servitude à la province, mais plutôt si le gouvernement fédéral avait l'intention d'éteindre complètement tout le droit autochtone dans la réserve. Comme l'a dit le juge Iacobucci, pour l'application de l'alinéa 83(1)a), il s'agit de savoir si «le droit que possède la bande est

(*Osoyoos, supra*, at paragraph 50). This is a subtle but important difference in that the essential issue does not concern what the province has, but what the Band retains. It is too easy to get sidetracked if one focusses on the interests of the province, as indicated by the provincial legislation, rather than the true interests of the public and of the Band. In addition, because the Order was enacted prior to the consolidation of various Indian bands into the Seabird Band, the question, technically, concerns what the predecessors to the Band retained.

2. The Language of the Order

[45] That said, it is natural to begin by assessing the language of the Order in Council in order to discover a clear and plain intention to extinguish the entire Aboriginal interest of the Band. As discussed above, the language of the Seabird Order is strikingly similar to that of the Osoyoos Order, which the majority of the Supreme Court of Canada found to be ambiguous. To me, the fact that the clarity of the Order in Council in *Osoyoos, supra*, like the one before this Court, is in dispute and that the Justices of the Supreme Court of Canada can have legitimately disagreed as to the meaning of the Osoyoos Order, suggests that the Crown's intention, as expressed in the language of the Order in this case, is not clear and plain. Let me explain in more detail.

[46] Because of the similarities between the two Orders, I will not discuss at length the various potential interpretations of each word and phrase, but instead will highlight the principal sources of ambiguity as discussed by the Supreme Court in *Osoyoos, supra*.

[47] The Supreme Court noted that some phrases in the Osoyoos Order suggest that the entire Aboriginal interest was extinguished, and some suggested otherwise. To begin, the use of the term "land" is inherently ambiguous as it is almost universally defined to include "interests in land" (*ibid.*, at paragraph 87). Therefore, as the Supreme Court said, "[t]he use of the term 'land' is not determinative of the scope of the

entièrement exclu» (*Osoyoos, précité*, au paragraphe 50). Il s'agit d'une différence subtile, mais importante, en ce sens que la question essentielle ne se rapporte pas à ce que la province détient, mais à ce que la bande conserve. Il est trop facile de s'égarer si l'on met l'accent sur les intérêts de la province, tels qu'il en est fait mention dans la législation provinciale, plutôt que sur les intérêts véritables du public et de la bande. De plus, étant donné que le décret a été pris avant que les diverses bandes indiennes soient fusionnées pour former la bande de Seabird, la question se rapporte en théorie à ce que les prédécesseurs de la bande ont conservé.

2. Le libellé du décret

[45] Cela dit, il est naturel de commencer par apprécier le libellé du décret afin de découvrir une intention claire et nette d'éteindre tout le droit autochtone de la bande. Comme il en a ci-dessus été fait mention, le libellé du décret Seabird est remarquablement semblable à celui du décret Osoyoos, que la majorité de la Cour suprême du Canada a jugé ambigu. Selon moi, le fait que la clarté du décret, dans l'affaire *Osoyoos, précitée*, est en litige comme c'est également ici le cas, et que les juges de la Cour suprême du Canada ont pu à bon droit ne pas s'entendre sur le sens du décret Osoyoos, donne à entendre que l'intention de la Couronne, telle qu'elle est exprimée dans le libellé du décret dans ce cas-ci, n'est pas claire et nette. Je donnerai ici des précisions.

[46] Compte tenu de la similarité des deux décrets, je n'examinerai pas à fond les diverses interprétations possibles de chaque mot et de chaque expression qui s'y trouve, mais je mettrai plutôt en évidence les principales sources d'ambiguïté telles qu'elles ont été examinées par la Cour suprême dans l'arrêt *Osoyoos, précité*.

[47] La Cour suprême a fait remarquer que certaines expressions figurant dans le décret Osoyoos donnent à entendre que tout le droit autochtone a été éteint, alors que d'autres laissent entendre le contraire. Pour commencer, l'utilisation du mot «terres» est en soi ambigu puisque ce mot est presque toujours défini comme comprenant «des droits sur celles-ci» (*ibid.*, au paragraphe 87). Par conséquent, comme la Cour

interest being conveyed” (*ibid.*). There is nothing at all in this case that is capable of distinguishing the Supreme Court’s conclusion in this regard.

[48] In addition, the phrase “a portion of Seabird Island Indian Reserve” could legitimately be construed as referring to some of the bundle of property rights that make up the property interest in the Reserve (*Osoyoos, supra*, at paragraph 81; *per* Iacobucci J.). As the Supreme Court noted, “[a] right to use the land for a restricted purpose is part of the bundle of rights that make up the property interest in the reserve and so may be referred to as a ‘a portion’ of the reserve.” Alternatively, this phrase could merely indicate what was transferred (*ibid.*, at paragraph 177, *per* Gonthier J.). With respect to the Seabird Order, I cannot find any evidence to favour one interpretation over the other and, therefore, this phrase is ambiguous to me.

[49] The phrase “right-of-way” is similarly ambiguous. In the words of Iacobucci J. “it is not clear from the context in which it appears in the Order in Council whether the term ‘rights-of-way’ necessarily refers to an easement as it is traditionally known, or some greater interest in a corridor of land” (*ibid.*, at paragraph 82). This is because, although under the common law, a granting of a “right-of-way” does not give the holder a fee simple interest or the right to exclusive possession, that phrase might have been intended merely to physically describe the corridor of land (*ibid.*, see also paragraphs 182-187, *per* Gonthier J.). As there is support from the Supreme Court of Canada for both interpretations, the use of this language also sheds little or no light on the intention of the federal government.

[50] The Supreme Court has also emphasized that the word “take” can refer to ownership or an interest less than full ownership (*ibid.*, at paragraphs 85-86, *per* Iacobucci J., and paragraph 180, *per* Gonthier J.). It does not necessarily refer to the acquisition of full title and the extinguishment of all other interests. Therefore,

suprême l’a dit, «[I]’utilisation du mot “terres” n’est pas déterminante quant à la portée du droit cédé» (*ibid.*). En l’espèce, il n’y a rien du tout qui permette de faire une distinction à l’égard de la conclusion tirée par la Cour suprême sur ce point.

[48] De plus, l’expression «une partie de la réserve indienne de Seabird Island» pourrait légitimement être interprétée comme se rapportant au faisceau de droits formant le droit de propriété relatif à la réserve (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 81, juge Iacobucci). Comme la Cour suprême l’a fait remarquer, «[un] droit d’utiliser les terres à une fin donnée est un élément du faisceau de droits formant le droit de propriété relatif à la réserve et il peut, de ce fait, être décrit comme étant “une partie” de la réserve». Par ailleurs, cette désignation pourrait simplement indiquer ce qui était transféré (*ibid.*, au paragraphe 177, juge Gonthier). En ce qui concerne le décret Seabird, je ne puis trouver aucun élément de preuve favorisant une interprétation plutôt que l’autre, et, par conséquent, cette expression est selon moi ambiguë.

[49] L’expression «droit de passage» est aussi ambiguë. Comme l’a dit le juge Iacobucci, «le contexte dans lequel cette expression est utilisée dans le décret n’indique pas clairement si elle fait nécessairement référence à une servitude traditionnelle ou à un intérêt supérieur sur une bande de terre» (*ibid.*, au paragraphe 82, juge Iacobucci), et ce, parce que, même si en common law, l’octroi d’un «droit de passage» ne donne pas à son détenteur un droit à la pleine propriété, ni un droit à la possession exclusive, cette expression aurait pu simplement viser à donner une description physique de la bande de terrain (*ibid.*, voir également les paragraphes 182 à 187, juge Gonthier). Étant donné que les deux interprétations sont étayées par la Cour suprême du Canada, l’emploi de ce libellé jette en outre peu de lumière ou ne jette aucune lumière sur l’intention du gouvernement fédéral.

[50] La Cour suprême a également souligné que le mot «prise» peut indiquer la propriété ou un droit inférieur au droit de propriété absolu (*ibid.*, aux paragraphes 85 et 86, juge Iacobucci, paragraphe 180, juge Gonthier). Ce mot ne se rapporte pas nécessairement à l’acquisition du titre de propriété

it is not helpful in distilling the meaning of the Order as a whole.

[51] With respect to the words “administration and control”, the Supreme Court held that this language does not *per se* remove the land from a reserve (*ibid.*, at paragraph 88). As discussed above, such language is commonly used to describe the transfer of administrative control from one emanation of the Crown to another (*ibid.*). This type of transfer does not automatically extinguish the entire Aboriginal interest in the land. As Iacobucci J. explained, “[r]eserve land can be, and is in many cases, held by a province for the benefit of an Indian band” (*ibid.*). Therefore, this language also aids little in clarifying the intention of the federal government.

[52] The language of the reservation of mines and minerals to the Band is somewhat different in the Seabird Order than in the Osoyoos Order. In *Osoyoos*, *supra*, the Supreme Court determined that such a clause had become “boiler plate” and, therefore, was not determinative of the true intentions of the federal government in light of other factors in that case (*ibid.*, at paragraph 79, *per* Iacobucci J.). The reservation in this case, however, contains further particulars as well as a reservation of the right to enter upon, use and occupy in order to extract minerals from the land in the corridor. The Appeal Judge commented at paragraph 28 that such a reservation would only be meaningful if the Order contemplated a transfer of absolute title of the surface rights (see also *Osoyoos*, *supra*, at paragraph 187, *per* Gonthier J.). Although I acknowledge the reservation of mines and minerals in this case is a factor that suggests that aboriginal interest may have been otherwise extinguished, given the concerns expressed by the Supreme Court, I am not convinced that this factor is determinative of the issue.

[53] In sum, the terms of the Seabird Order are not sufficiently different than the Osoyoos Order to justify a conclusion that it expresses a clear and plain intention to completely extinguish the entire Aboriginal interest in the corridor.

absolu et à l’extinction de tous les autres droits. Cela ne permet donc pas d’éclaircir le sens du décret dans son ensemble.

[51] Quant aux mots «gestion et maîtrise», la Cour suprême a statué que ce libellé n’a pas en soi pour effet d’exclure les terres d’une réserve (*ibid.*, au paragraphe 88). Comme il en a ci-dessus été fait mention, pareil libellé est communément employé pour décrire le transfert du contrôle administratif par une émanation de la Couronne en faveur d’une autre (*ibid.*). Ce type de transfert n’éteint pas automatiquement tout le droit autochtone sur les terres. Comme le juge Iacobucci l’a expliqué, «[d]es terres de réserve peuvent être—et dans bien des cas sont—détenues par une province au profit d’une bande indienne» (*ibid.*). Par conséquent, ce libellé est peu utile lorsqu’il s’agit d’éclaircir l’intention du gouvernement fédéral.

[52] Le libellé, en ce qui concerne la réserve relative aux mines et aux minerais en faveur de la bande, est quelque peu différent, dans le décret Seabird et dans le décret Osoyoos. Dans l’arrêt *Osoyoos*, précité, la Cour suprême a statué qu’une telle réserve était devenue une disposition type et qu’elle n’était donc pas concluante quant à l’intention véritable du gouvernement fédéral à la lumière des autres facteurs de l’affaire (*ibid.*, au paragraphe 79, juge Iacobucci). Toutefois, dans ce cas-ci, la réserve renferme d’autres détails ainsi qu’une réserve relative au droit d’entrer sur les terres situées dans le corridor et le droit d’utiliser et d’occuper ces terres afin d’extraire des minerais. Le juge d’appel a fait remarquer, au paragraphe 28, que pareille réserve n’aurait un sens que si le décret prévoyait le transfert du titre absolu des droits de superficie (voir également *Osoyoos*, précité, au paragraphe 187, juge Gonthier). Je reconnais que la réserve relative aux mines et aux minerais en l’espèce est un facteur qui donne à entendre que le droit autochtone s’était peut-être éteint de quelque autre façon, mais compte tenu des préoccupations exprimées par la Cour suprême, je ne suis pas convaincu que ce facteur soit déterminant.

[53] En somme, les dispositions du décret Seabird ne sont pas suffisamment différentes de celles du décret Osoyoos pour qu’il soit possible de conclure qu’elles indiquent une intention claire et nette d’éteindre complètement tout le droit autochtone dans le corridor.

[54] However, the thrust of the respondent's argument is that the contextual evidence in this case is sufficient to infer such an intention. As noted by Iacobucci J., "in making its intention clear and plain, the Crown does not necessarily have to use language which refers expressly to its extinguishment of aboriginal rights" (*Osoyoos, supra*, at paragraph 57, citing *R. v. Gladstone*, [1996] 2 S.C.R. 723, at paragraph 34). Yet, as further explained in *Osoyoos, supra*, at paragraph 84 "[w]hile express language is not strictly necessary, courts should not take away an aboriginal interest in land by implication unless clearly and plainly supported by the context." Therefore, I will address the surrounding context as best I can, given the paucity of evidence.

3. The Context of the Order

[55] One of the primary contextual factors to consider is the provincial legislation pursuant to which the transfer of land was authorized, since the federal government could not "grant an interest greater than the one the Province was authorized to take under its own legislation" (*Osoyoos, supra*, at paragraph 62). In *Osoyoos, supra*, the *Water Act*, R.S.B.C. 1948, c. 361, subsections 21(1), (2), generally authorized the province of British Columbia to acquire land that was "reasonably required" for irrigation canal purposes. In this case, it is the *Highway Act, supra*, that generally authorized the province to take or use land.

[56] The key provision of the *Highway Act, supra*, is section 8, which at the time read:

8. (1) It shall be lawful for the Minister in his absolute discretion to make public highways . . . and to take, either at the time the highway is first made or declared or at any subsequent time, additional land beyond the width of the highway so established where necessary for the use or purpose of the Department of Public Works . . . ; and for such purpose, by himself, his agents, and workmen, without any notice to and without any consent on the part of any person owning or occupying the land, or having or claiming any estate, right,

[54] Toutefois, l'argument invoqué par l'intimée est fondamentalement que la preuve contextuelle en l'espèce est suffisante pour inférer pareille intention. Comme le juge Iacobucci l'a fait remarquer, «pour exprimer son intention claire et nette à cet effet, la Couronne n'a pas nécessairement à utiliser des mots faisant explicitement état de l'extinction de droits ancestraux» (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 57; citant *R. c. Gladstone*, [1996] 2 R.C.S. 723, au paragraphe 34). Pourtant, comme on l'a expliqué d'une façon plus détaillée dans l'arrêt *Osoyoos*, précité, au paragraphe 84, «[b]ien que la présence de termes explicites ne soit pas strictement nécessaire, les tribunaux ne doivent pas retirer un droit foncier aux Autochtones par voie d'implication nécessaire, à moins que cette conclusion ne ressorte de façon claire et nette du contexte». Je ferai donc de mon mieux pour examiner le contexte puisque la preuve est peu abondante.

3. Le contexte du décret

[55] L'un des facteurs contextuels primordiaux à prendre en compte est la législation provinciale en vertu de laquelle le transfert de terres a été autorisé, étant donné que le gouvernement fédéral ne pouvait pas «octroyer un droit supérieur à celui que la province avait le pouvoir de prendre en vertu de ses propres lois» (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 62). Dans l'affaire *Osoyoos*, précitée, les paragraphes 21(1) et (2) de la *Water Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 361, autorisaient d'une façon générale la province de la Colombie-Britannique à acquérir les terres «raisonnablement requises» pour les besoins d'un canal d'irrigation. En l'espèce, c'est la *Highway Act*, précitée, qui autorisait d'une façon générale la province à prendre ou à utiliser les terres.

[56] La disposition cruciale de la *Highway Act* est l'article 8 qui, au moment pertinent, était ainsi libellé:

[TRADUCTION]

8. (1) Le ministre a le pouvoir discrétionnaire absolu de construire des voies publiques [. . .] et de prendre possession, au moment où la voie est construite ou annoncée ou à tout moment ultérieur, de terrains supplémentaires se trouvant au-delà de la largeur de la voie ainsi établie lorsque cela est nécessaire pour l'usage ou pour les fins du ministère des Travaux publics [. . .]; et à ces fins personnellement ou par l'entremise de ses mandataires et préposés, sans préavis au propriétaire ou à l'occupant du terrain ou à toute personne

title, or interest therein, to enter upon, set out, ascertain, and take possession of any private roads and any lands . . . and also in the like discretion to enter upon any land for the purpose of erecting, maintaining, and removing snow-fences, or cutting any drains that may be thought necessary, or for the purpose of taking therefrom any gravel, timber, stone, and other materials required for the construction or maintenance of any highway. [Underlining added.]

[57] Other relevant provisions of the *Highway Act* are sections 5, 9 and 11, which at the time read as follows:

5. Unless otherwise provided for, the soil and freehold of every public highway shall be vested in His Majesty, his heirs and successors.

...

9. The entry by the Minister, his agents, servants, or workmen, as in the last preceding section mentioned [section 8], for the purpose of taking possession of any roads or lands shall operate as a complete extinguishment of every title and claim to the roads or lands so entered upon and taken possession of.

...

11. (1) The Minister may at any time, by notice published in the Gazette, . . . discontinue and close in whole or in part any highway . . . The land comprised in any highway which has been discontinued and closed may, . . . become the property of, the owner of the land of which it originally formed part, or the owner of the land adjoining the land so transferred, or may be leased by the Minister to either of those owners, or may be sold, leased, or disposed of by public auction or by tender under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, or may, under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, be leased or transferred to the Dominion Government. . . . [Underlining added.]

[58] The respondent relies heavily on the language of the provisions of the *Highway Act*, *supra*, which it emphasizes is quite different than the language of the provincial statute in *Osoyoos*, *supra*. The Appeal Judge held that, linked together, the provisions of the *Highway Act* make clear and plain the province's intention to extinguish all other interests and to transfer to itself the fee simple in lands taken for highway purposes. He held

détenant ou faisant valoir un domaine, droit, titre ou intérêt à l'égard dudit terrain et sans le consentement de ces personnes, de prendre possession de tout chemin privé et de tout terrain, d'en déterminer les limites requises [. . .] ainsi que de prendre possession de tout immeuble afin d'ériger et d'entretenir des paraneiges ou d'installer les drains jugés nécessaires, ou afin d'en retirer le gravier, le bois, la roche et les autres matériaux nécessaires à la construction ou à l'entretien d'une route. [Non souligné dans l'original.]

[57] Les articles 5, 9 et 11 de la *Highway Act*, qui étaient alors libellés comme suit, sont également pertinents:

[TRADUCTION]

5. Sauf indications contraires, le titre de propriété du fonds de terre et de la voie publique est détenu par Sa Majesté, ses héritiers et successeurs.

[. . .]

9. L'entrée par le ministre, ses mandataires, ses fonctionnaires et ses préposés, comme dans l'article susmentionné [article 8], en vue de la prise de possession de toute route ou de tout terrain a pour effet d'éteindre entièrement tout titre et toute revendication relativement aux routes et aux terrains ayant fait l'objet de cette prise de possession.

[. . .]

11. (1) Le ministre peut en tout temps, sur avis publié dans la Gazette, [. . .] abandonner et fermer en tout ou en partie une route [. . .]. Les terres d'une route abandonnée ou fermée peuvent être cédées en propriété au propriétaire du terrain dont elles faisaient originalement partie ou au propriétaire du terrain adjacent aux terres cédées, elles peuvent être louées par le ministre à l'un ou l'autre de ces propriétaires, elles peuvent être vendues, louées ou aliénées par voie de vente aux enchères publiques ou par voie d'appel d'offres lancé en vertu du pouvoir du lieutenant-gouverneur en conseil, et elles peuvent, en vertu de ce pouvoir, être louées ou cédées au gouvernement du Dominion [. . .] [Non souligné dans l'original].

[58] L'intimée se fonde en grande partie sur le libellé des dispositions de la *Highway Act* qui, souligne-t-elle, est fort différent du libellé de la loi provinciale en cause dans l'affaire *Osoyoos*, précitée. Le juge d'appel a statué que, conjointement, les dispositions de la *Highway Act* montrent l'intention claire et expresse de la province d'éteindre tout autre droit et de se transférer la pleine propriété des terrains pris pour les fins d'une route. Le

(at paragraph 25) that, “[i]n light of the clarity with which the old *Highway Act* highlights the intentions of the province to transfer the fee simple, . . . the relevant question is whether the order contains anything to detract from this clarity.” In this respect, according to the Supreme Court’s decision in *Osoyoos*, *supra*, the Appeal Judge erred.

[59] In correcting the same error made by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (B.C.C.A.), the Supreme Court of Canada commented that “this approach is contrary to the clear and plain intention test for extinguishment” (*Osoyoos*, *supra*, at paragraph 84). The Appeal Judge’s error was in assuming that the terms of the transfer are, *prima facie*, determined by the language of the provincial legislation. Rather, as explained in *Osoyoos*, *supra*, at paragraph 69, “the scope of the statutory power to transfer interests in land is constrained by the terms of the [provincial legislation]” (underlining added). The Governor in Council cannot grant more than the province is empowered to take, but can grant less (*Osoyoos*, *supra*, at paragraphs 62, 69 and 136).

[60] The language of the provincial legislation is not determinative of, nor does it establish a presumption regarding the federal government’s intention. As Iacobucci J. explained (*ibid.*, at paragraph 80): the only intention relevant to the inquiry is that of the grantor of the interest. Section 35 of the *Indian Act* gives the Governor in Council the absolute discretion to define the terms of the transfer, and thus the relevant inquiry is one of determining the intention of the Governor in Council, as evidenced by the Order in Council. Gonthier J. also mentioned that “[i]t is for the government to decide, governed by its fiduciary obligation, the appropriate limits to the amount of land and the nature of the interest in land that it is transferring” (*Osoyoos*, *supra*, at paragraph 134). The federal government’s fiduciary obligation is owed to the Aboriginals, not to the province. Therefore, it is incorrect to presume, absent an indication to the contrary, that the federal

juge a statué (au paragraphe 25) que «[v]u la clarté avec laquelle l’ancienne *Highway Act* mettait en évidence l’intention de la province quant au transfert de la pleine propriété, [. . .] la question pertinente est de savoir si le décret contient quelque élément faisant douter de cette intention». À cet égard, selon la décision rendue par la Cour suprême dans l’affaire *Osoyoos*, précitée, le juge d’appel a commis une erreur.

[59] En corrigeant une erreur identique commise par la majorité de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique dans l’arrêt *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (C.A.C.-B.), la Cour suprême du Canada a fait remarquer que «cette approche est contraire au critère de l’intention claire et nette applicable en matière d’extinction» (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 84). L’erreur commise par le juge d’appel était de supposer que les conditions du transfert étaient à première vue fixées par le libellé de la législation provinciale. Comme on l’a expliqué dans l’arrêt *Osoyoos*, précité, au paragraphe 69, «la portée du pouvoir légal de céder des droits fonciers est circonscrite par les dispositions de la [législation provinciale]» (non souligné dans l’original). Le gouverneur en conseil ne peut pas octroyer un droit supérieur à celui que la province a le pouvoir de prendre, mais il peut octroyer un droit inférieur (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 62, 69 et 136).

[60] Le libellé de la législation provinciale n’est pas déterminant et n’établit pas une présomption au sujet de l’intention du gouvernement fédéral. Comme le juge Iacobucci l’a expliqué (*ibid.*, au paragraphe 80), la seule intention pertinente dans le cadre de l’analyse est celle du concédant du droit. L’article 35 de la *Loi sur les Indiens* confère au gouverneur en conseil le pouvoir discrétionnaire absolu d’établir les modalités du transfert, et il faut donc dégager l’intention du gouverneur en conseil telle qu’elle est constatée par le décret. Le juge Gonthier a également mentionné qu’«[i]l appartient [au gouvernement] [. . .], conformément à ses obligations de fiduciaire, de décider de la superficie qu’il convient de transférer et de la nature du droit foncier qu’il transfère» (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 134). Le gouvernement fédéral a une obligation de fiduciaire envers les Autochtones plutôt qu’envers la province. Il n’est donc pas correct de

government intended to grant to the province what it wanted. In short, the province may not have received what its legislation might normally have empowered it to take in the context of non-Aboriginal interests in land.

[61] The Supreme Court was clear that the Crown's fiduciary obligation under section 35 mandates that the Governor in Council "grant only the minimum interest required in order to fulfill [the] public purpose" *Osoyoos, supra*, at paragraphs 52-55). The public purpose may or may not always coincide with the language of the provincial legislation. It is crucial to recognize that the terms of the transfer are influenced by the public purpose, not by the language of the provincial legislation or the province's intention. Therefore, the presumption, if any, is that the federal government intended to grant only the minimum interest required to fulfill the public purpose, as is often but not always indicated by the provincial legislation. It is in this way that the Crown balances its obligations to the public and to the Band (*ibid.*).

[62] That said, the language of the *Highway Act* is not irrelevant. The Appeal Judge was correct to consult the provincial legislation, as it is one of several contextual factors that may illuminate the intention of the federal government. That is, while the language of the provincial legislation is certainly not determinative of the federal government's intentions, nor does it establish a presumption in favour of the respondent's position, it is nevertheless contextual evidence that may elucidate the terms of the grant described in the Order in Council. In this respect, the language of the *Highway Act, supra*, is one of the factors that favours interpreting the Order as suggesting that the grant operated as a "complete extinguishment" of the Aboriginal interest in the corridor (section 9). However, I do not believe that the legislative language, by itself, establishes a clear and plain intention and, therefore, it is not conclusive of the matter.

[63] Other contextual evidence upon which the respondent relies heavily is the fact that the Loughheed Highway was not yet built at the time of the grant to the

présumer, en l'absence d'une indication contraire, que le gouvernement fédéral avait l'intention d'octroyer à la province ce qu'elle voulait. Bref, la province peut ne pas avoir reçu ce que sa législation l'aurait normalement autorisée à prendre dans le contexte de droits fonciers non autochtones.

[61] La Cour suprême a clairement dit que l'obligation de fiduciaire qui incombe à la Couronne en vertu de l'article 35 exige que le gouverneur en conseil «n'expropri[e] que le droit minimal requis pour réaliser [la] fin d'intérêt public» (*Osoyoos*, précité, aux paragraphes 52 à 55). La fin d'intérêt public ne correspond peut-être pas toujours au libellé de la législation provinciale. Il est essentiel de reconnaître que les conditions du transfert sont influencées par la fin d'intérêt public plutôt que par le libellé de la législation provinciale ou par l'intention de la province. La présomption, le cas échéant, est donc que le gouvernement fédéral avait l'intention de n'octroyer que le droit minimal requis pour réaliser la fin d'intérêt public, comme l'indique souvent la législation provinciale. C'est ainsi que la Couronne harmonise ses obligations envers le public et la bande (*ibid.*).

[62] Cela dit, le libellé de la *Highway Act* est pertinent. Le juge d'appel a eu raison de consulter la législation provinciale, qui est l'un des nombreux facteurs contextuels susceptibles d'indiquer l'intention du gouvernement fédéral. En effet, le libellé de la législation provinciale n'est certes pas déterminant quant aux intentions du gouvernement fédéral, et n'établit pas une présomption favorable à la position prise par l'intimée, mais il s'agit néanmoins d'une preuve contextuelle qui peut éclaircir les conditions de l'octroi décrit dans le décret. À cet égard, le libellé de la *Highway Act* est l'un des facteurs qui favorise une interprétation donnant à entendre que l'octroi avait pour effet d'éteindre entièrement le droit autochtone dans le corridor (article 9). Toutefois, je ne crois pas que le libellé législatif en soi établisse une intention claire et nette et il n'est donc pas déterminant.

[63] Un autre élément de preuve contextuel sur lequel l'intimée se fonde fortement est le fait que l'autoroute Loughheed n'était pas encore construite au moment de

province. According to the respondent and the Appeal Judge, this indicates that the Crown intended to extinguish absolutely the Aboriginal interest in the corridor. However, such a conclusion relies upon correctness of the assumption that nothing less than that could suffice to construct and maintain the highway. The Appeal Judge was “not convinced, . . . that anything less than a fee simple interest, . . . could allow a province to build and maintain one of its major highways” (at paragraph 30).

[64] I note, however, that there is and never was any evidence submitted in support of this position. As Iacobucci J. noted “as a general matter the Court should be reluctant to take away interests in land in the absence of conclusive evidence” (*Osoyoos, supra*, at paragraph 65). It is inconsistent with the principle of minimal impairment and, therefore, incorrect to require the Band to adduce evidence to rebut a presumption that absolute ownership by the province was necessary. The onus, if any, is on the respondent to establish that only an absolute extinguishment of the Aboriginal interest in the corridor would do.

[65] In fact, the only contextual evidence in this case, including the new evidence submitted to this Court, suggests that it was not necessary to completely extinguish the Band’s interest in the corridor to construct and maintain the Lougheed Highway. The Supreme Court of Canada has found that less than absolute title can certainly suffice for the purposes of operating and maintaining a canal and, more importantly, building and maintaining a railway (see *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654, at page 671; and *Osoyoos, supra*). In the absence of evidence to the contrary, the same can be said of a highway.

[66] Moreover, the land in the corridor is subject to a variety of other interests, none of which preclude the province from adequately satisfying the public need for the construction and maintenance of the Highway. For one, the corridor was at the time of construction of the Highway, and is still subject to the easement granted to

l’octroi à la province. Selon l’intimée et le juge d’appel, cela indique que la Couronne avait l’intention d’éteindre complètement le droit autochtone dans le corridor. Toutefois, pareille conclusion dépend de l’exactitude de l’hypothèse selon laquelle rien de moins que cela ne pourrait être suffisant pour les fins de la construction et de l’entretien de la route. Le juge d’appel n’était «pas convaincu qu’un droit moindre que la pleine propriété [. . .] aurait pu permettre à la province de construire et d’entretenir l’une de ses autoroutes les plus importantes» (au paragraphe 30).

[64] Toutefois, je note qu’aucun élément de preuve n’est et n’a été soumis à l’appui de cette position. Comme le juge Iacobucci l’a fait remarquer, «notre Cour doit en règle générale hésiter à retirer des droits fonciers en l’absence de preuve concluante» (*Osoyoos, précité*, au paragraphe 65). Cela est incompatible avec le principe de l’atteinte minimale et il ne convient donc pas d’exiger que la bande présente une preuve pour réfuter la présomption selon laquelle la province devait posséder un droit de propriété absolu. Le cas échéant, il incombe à l’intimée d’établir que seule l’extinction absolue du droit autochtone dans le corridor conviendrait.

[65] De fait, la seule preuve contextuelle en l’espèce, y compris les nouveaux éléments de preuve soumis à cette Cour, donne à entendre qu’il n’était pas nécessaire d’éteindre complètement le droit de la bande dans le corridor aux fins de la construction et de l’entretien de l’autoroute Lougheed. La Cour suprême du Canada a conclu qu’un droit inférieur à un titre absolu peut certainement suffire pour les fins de l’exploitation et de l’entretien d’un canal et, fait plus important, pour les fins de la construction et de l’entretien d’un chemin de fer (voir *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654, à la page 671; et *Osoyoos, précité*). En l’absence de preuves contraires, il en va de même dans le cas d’une route.

[66] En outre, les terres situées dans le corridor sont assujetties à divers autres droits, qui n’empêchent aucunement la province de satisfaire d’une façon adéquate au besoin public, de construire et d’entretenir la route. Ainsi, le corridor était, au moment de la construction de la route, et est encore, assujéti à la

the British Columbia Electric Company Limited. Obviously, the province did not feel it was necessary to extinguish that interest. The province also has no problem sharing the corridor with the respondent's fibre optic cable system. There is also important new evidence, admitted on appeal, to indicate that at least part of a major highway can exist on railway land that is merely leased. Finally, the *Highway Act* itself allows for the Minister to "enter upon any land" to enable the "construction or maintenance of any highway", thus indicating to me that it is not strictly necessary for that purpose to extinguish all other interests in the land. Given that there is no evidence whatsoever to support the contrary position, it is clearly wrong to suggest that it was necessary to completely extinguish the Aboriginal interest in order to construct and maintain the Highway.

[67] The respondent argues that such an absolute extinguishment was necessary for constitutional reasons. Subsection 91(24) of the *Constitution Act, 1867* [30 & 31 Vict., c. 3 (U.K.)] (as am. by *Canada Act 1982, 1982, c. 11* (U.K.), Schedule to the *Constitution Act, 1982, Item 1* [R.S.C., 1985, Appendix II, No. 5]) gives exclusive jurisdiction to the federal Parliament over Indian reserves. The respondent submits that if the entire Aboriginal interest was not extinguished, then provincial laws, including the *Highway Act, supra*, would be constitutionally inapplicable to that land. Consequently, according to the respondent, the province would be unable to build and maintain the Lougheed Highway. I cannot accept this argument. Section 88 of the *Indian Act* as it now reads (section 87 of the Act as it read in 1952) expressly states that all provincial laws are applicable to reserve lands except to the extent they are inconsistent with or already addressed by the *Indian Act*.

[68] Additional contextual factors may also help clarify the Order. The respondent argues that, had the federal government intended to grant to the province less than an absolute interest in the land, it would have

servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited. De toute évidence, la province n'estimait pas nécessaire d'éteindre ce droit. La province accepte volontiers de partager le corridor avec le réseau de câbles de fibre optique de l'intimée. Il existe également de nouveaux éléments de preuve importants, lesquels ont été admis en appel, indiquant qu'une route importante peut du moins en partie être située sur les terres d'une compagnie ferroviaire qui sont simplement louées. Enfin, la *Highway Act* elle-même permet au ministre de [TRADUCTION] «prendre possession de tout terrain» afin de permettre la [TRADUCTION] «construction ou l'entretien d'une route», ce qui veut selon moi dire qu'il n'est pas strictement nécessaire à cette fin d'éteindre tous les autres droits afférents aux terres. Étant donné qu'il n'existe pas le moindre élément de preuve étayant la position contraire, il est clairement erroné de soutenir qu'il fallait éteindre complètement le droit autochtone afin de construire et d'entretenir la route.

[67] L'intimée soutient que pareille extinction absolue était nécessaire, et ce, pour des raisons d'ordre constitutionnel. En effet, le paragraphe 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* [30 & 31 Vict., ch. 3 (R.-U.)] (mod. par la *Loi de 1982 sur le Canada, 1982, ch. 11* (R.-U.), annexe de la *Loi constitutionnelle de 1982, n° 1*) [L.R.C. (1985), appendice II, n° 5]) confère au Parlement fédéral une compétence exclusive sur les réserves indiennes. L'intimée soutient que si le droit autochtone n'était pas entièrement éteint, les lois provinciales, y compris la *Highway Act*, ne s'appliqueraient pas à ces terres sur le plan constitutionnel. Selon l'intimée, la province ne pourrait donc pas construire et entretenir l'autoroute Lougheed. Je ne puis retenir cet argument. L'article 88 de la *Loi sur les Indiens* tel qu'il est maintenant libellé (et l'article 87 de la Loi tel qu'il était libellé en 1952) prévoit expressément que toutes les lois sont applicables aux terres de réserve sauf dans la mesure où elles sont incompatibles avec la Loi ou sauf si la question est déjà prévue par la Loi.

[68] Des facteurs contextuels additionnels peuvent également aider à éclaircir le décret. L'intimée soutient que si le gouvernement fédéral avait eu l'intention d'octroyer à la province moins qu'un droit absolu sur les

used language similar to that in Order in Council P.C. 1953-30 (the 1953 Order), which granted an easement to the British Columbia Electric Company Limited. According to the respondent, the Seabird Order would have consented to “the use of the said land for so long as the same is required for the aforesaid purpose”, as done in the 1953 Order. In the opinion of the respondent, by using different language in each of these Orders in Council, the federal government intended to achieve a different result.

[69] Upon first glance, this evidence does weigh in the respondent’s favour. On the other hand, using this reasoning, one must conclude that if the federal government intended to grant a different interest to the province of British Columbia in this case than it did in *Osoyoos*, *supra*, it would have used different language in each of the Orders, which it did not. That is, the necessary corollary of the respondent’s argument is that by using the same language in different orders, the federal government intended to achieve the same result. If that is indeed the case, then the Seabird Order must be seen to confer an identical interest as the *Osoyoos* Order.

[70] However, I note that the *Osoyoos* Order, like the Seabird Order, was also “subject to a prior Grant of Easement for a Power Transmission Line”. Although I am not sure whether the specific language of the prior grant was in evidence before the Supreme Court, the following comments of Iacobucci J. are apt in the circumstances. He explained, at paragraph 83 of *Osoyoos*, *supra*, that the prior grant of an easement “does not, by comparison, necessarily render the other two rights of way something other than an easement.” These remarks were made in the context of analysing, by comparison, the internal language of the *Osoyoos* Order. His comments are even more applicable when comparing the language of two separate and distinct documents. Although the 1953 Order provides an example of one type of language that may be used to transfer less than an absolute interest in land, it does not clearly and plainly follow that different language cannot achieve a similar result. Thus, although the 1953 Order may be relevant, it is not determinative of the matter.

terres, il aurait employé un libellé semblable à celui qu’il a employé dans le décret C.P. 1953-30 (le décret de 1953), par lequel une servitude était octroyée à British Columbia Electric Company Limited. Selon l’intimée, le décret Seabird aurait permis [TRADUCTION] «l’utilisation desdites terres aussi longtemps qu’elles étaient nécessaires aux fins susmentionnées» comme l’avait fait le décret de 1953. De l’avis de l’intimée, en employant un libellé différent dans chacun de ces décrets, le gouvernement fédéral voulait en arriver à un résultat différent.

[69] À première vue, cette preuve favorise l’intimée. D’autre part, en utilisant ce raisonnement, il faut conclure que si le gouvernement fédéral voulait, dans ce cas-ci, octroyer à la province de la Colombie-Britannique un droit différent de celui qu’il a octroyé dans l’affaire *Osoyoos*, précitée, il aurait employé un libellé différent dans chacun des décrets; or, il ne l’a pas fait. Le corollaire nécessaire de l’argument invoqué par l’intimée est qu’en employant le même libellé dans des décrets différents, le gouvernement fédéral voulait en arriver au même résultat. Si c’est de fait le cas, le décret Seabird doit être considéré comme conférant un droit identique à celui qui était conféré par le décret *Osoyoos*.

[70] Toutefois, je note que le décret *Osoyoos*, comme le décret Seabird, était [TRADUCTION] «assujéti à une servitude existante relative à une ligne de haute tension». Je ne sais pas trop si le libellé précis de l’octroi antérieur a été produit en preuve devant la Cour suprême, mais les remarques ci-après énoncées du juge Iacobucci sont pertinentes eu égard aux circonstances. Le juge a expliqué, au paragraphe 83 de l’arrêt *Osoyoos*, précité, que l’octroi antérieur d’une servitude existante «ne fait pas nécessairement par voie d’analogie des deux autres droits de passage autre chose qu’une servitude». Ces remarques ont été faites dans le contexte de l’analyse comparative du libellé même du décret *Osoyoos*. Les remarques du juge sont d’autant plus pertinentes lorsque le libellé de deux documents distincts est comparé. Le décret de 1953 constitue un type de libellé qui peut être employé pour transférer un droit inférieur à un droit absolu sur une terre, mais il ne s’ensuit pas de façon claire et nette qu’un libellé différent ne permet pas d’atteindre un résultat similaire.

[71] Moreover, relying on indirect evidence, such as the language of an earlier Order in Council, would require me not only to interpret the Seabird Order, but first to interpret the earlier Order to establish a framework for comparison. Only then might it be possible to glean some help from the language in one Order, in deciding the intention of the other. Given the factual record in this appeal, this Court cannot engage in that inquiry. Consequently, I am not persuaded that there was a clear and plain intention to entirely extinguish the Aboriginal interest in this land.

[72] Although the parties have not emphasized it, a word should be said about the 1961 agreement to give permission to the British Columbia Electric Company Limited to “construct . . . and maintain upon the Reserve poles . . . and one or more lines of wire for the distribution of electrical energy and for communication and television purposes.” All parties to that agreement expressly realized that permission was necessary because the land was “Reserve land within the meaning of the Indian Act”, as it read at the time. If the permission was sought and granted with respect to land in the corridor, then to me, it would be nearly incontrovertible that such land was admitted, by the parties to that agreement, to be subject to the Band’s interest. The question is, therefore, whether this agreement specifically contemplates land in the corridor or not.

[73] The agreement states that the Reserve is “situate, lying and being on Seabird Island”. It does not, however, state that the Reserve is the whole of Seabird Island. Thus, it is unclear whether the agreement refers to the whole island or simply most of the island, excepting out the part containing the Lougheed Highway corridor. It might be possible to infer that if the parties to this agreement contemplated that it did not relate to the Lougheed Highway corridor, since that land was not “Reserve land”, they might have said so. Alternatively, it is possible to infer from the omission of

Par conséquent, le décret de 1953 est peut-être pertinent, mais il n’est pas déterminant.

[71] En outre, se fonder sur des éléments de preuve indirects, tels que le libellé d’un décret antérieur, m’obligerait non seulement à interpréter le décret Seabird, mais aussi à interpréter d’abord le décret antérieur en vue d’établir un cadre de comparaison. Ce n’est alors qu’il serait possible de s’inspirer du libellé d’un décret en déterminant l’intention manifestée dans l’autre. Compte tenu des faits du dossier dans cet appel, la Cour ne peut pas entreprendre cette analyse. Je ne suis donc pas convaincu qu’il existait une intention claire et nette d’éteindre entièrement le droit autochtone afférent aux terres.

[72] Les parties n’ont pas insisté sur la question, mais il convient de faire certaines remarques au sujet de l’entente de 1961 par laquelle British Columbia Electric Company Limited était autorisée à [TRADUCTION] «construire [. . .] et [à] entretenir dans la réserve des poteaux [. . .] et une ligne ou des lignes de transmission d’énergie électrique ainsi que des lignes de communication et de télévision». Toutes les parties à cette entente se sont expressément rendues compte qu’une autorisation était nécessaire parce que les terres étaient [TRADUCTION] «des terres de réserve au sens de la *Loi sur les Indiens*» telle qu’elle était alors libellée. Si l’autorisation était demandée et obtenue à l’égard des terres situées dans le corridor, les parties à cette entente admettraient presque incontestablement, selon moi, que ces terres sont assujetties au droit dont la bande est titulaire. Il s’agit donc de savoir si cette entente s’applique expressément aux terres situées dans le corridor.

[73] Selon l’entente, la réserve est [TRADUCTION] «située sur Seabird Island». Toutefois, l’entente ne stipule pas que la réserve comprend Seabird Island dans son ensemble. On ne sait donc pas trop si l’entente s’applique à l’ensemble de l’île ou uniquement à la majeure partie de l’île, à l’exclusion de la partie dont était composé le corridor de l’autoroute Lougheed. Il serait possible d’inférer que si les parties à cette entente prévoient que l’entente ne s’appliquait pas au corridor de l’autoroute Lougheed puisque ces terres n’étaient pas des «terres de réserve», elles auraient pu le dire.

such a statement, that such a point was so obvious it did not require mentioning. To me, either inference is legitimate.

[74] A reference to particular land is found in the Band Council Resolution, which expressly states that the agreement sought specifically to accommodate an extension to a power line “along the Seabird Island roadway adjacent to the Maria Slough as shown on Pole Plan No. 24239 dated June 15, 1961.” That Plan is not in evidence, and there is no indication whether the roadway referred to is in or near the corridor. As it is unclear whether this agreement, in fact, evinces a concession that the Loughheed Highway corridor was “Reserve land” and, therefore, subject to the Band’s interest, it is a neutral factor with respect to the interpretation of the Seabird Order.

4. Conclusion

[75] In sum, although the language of the Order and the context surrounding this case are virtually identical to the facts in *Osoyoos*, *supra*, there are several differences here. To review, first, the express language of the reservation of mines and minerals is slightly different. Second, the language of the provincial legislation is different. Third, whereas the canal was already constructed, the highway was not. Fourth, the language of an earlier Order in Council refers specifically to the “use” of land. Finally, a 1961 agreement acknowledges that the permission of the federal government was necessary to erect power lines on Reserve land. The crucial question, therefore, is whether the slight differences in the terms of the transfer, in conjunction with additional contextual evidence not present in *Osoyoos*, *supra*, establish a clear and plain intention to extinguish completely the Aboriginal interest in the corridor.

[76] I cannot say they do. Nothing in this case is sufficient to differentiate it from *Osoyoos*, *supra*, so as to establish a “clear and plain” intention to completely

Subsidiairement, il est possible d’inférer à partir de pareille omission que la chose était tellement évidente qu’il n’était pas nécessaire d’en faire mention. Chacune des deux inférences est selon moi légitime.

[74] Il est fait mention de terres particulières dans la résolution du conseil de la bande, qui prévoit expressément que l’entente visait spécifiquement à permettre l’installation d’une ligne de transmission d’énergie électrique [TRADUCTION] «le long de la route à Seabird Island attenante au Maria Slough, tel que l’indique le Pole plan n° 24239 en date du 15 juin 1961». Ce plan n’a pas été produit en preuve, et rien n’indique si la route en question est située dans le corridor ou près du corridor. Étant donné qu’il n’est pas clair si cette entente concède en fait que le corridor de l’autoroute Loughheed faisait partie des «terres de réserve» et qu’il était donc assujéti au droit de la bande, il s’agit d’un facteur neutre en ce qui concerne l’interprétation du décret Seabird.

4. Conclusion

[75] Bref, même si le libellé du décret et le contexte de la présente affaire sont presque identiques à ceux de l’affaire *Osoyoos*, précitée, il y a plusieurs différences. Premièrement, le libellé exprès de la réserve relative aux mines et aux minerais est légèrement différent. Deuxièmement, le libellé de la législation provinciale est différent. Troisièmement, la route n’était pas construite alors que le canal l’était déjà. Quatrièmement, dans le libellé du décret antérieur, il était expressément fait mention de [TRADUCTION] l’«utilisation» des terres. Enfin, dans une entente de 1961, il était reconnu qu’il fallait obtenir l’autorisation du gouvernement fédéral pour ériger les lignes de transmission d’énergie électrique sur les terres de la réserve. Il s’agit donc avant tout de savoir si les légères différences existant dans les conditions de transfert, auxquelles vient s’ajouter une preuve contextuelle additionnelle qui n’existait pas dans l’affaire *Osoyoos*, établissent une intention claire et nette d’éteindre complètement le droit autochtone dans le corridor.

[76] Je ne puis dire qu’il en est ainsi. Il n’y a dans la présente espèce rien qui soit suffisant pour la distinguer de l’affaire *Osoyoos*, précitée, de façon à établir une

extinguish the Aboriginal interest in the corridor. The language of the Seabird Order, like the Osoyoos Order, is genuinely ambiguous. The provincial legislation cannot be determinative of anything, but only acts as a constraint placed upon the Crown to grant only an interest that is within the scope of the province's own statutory power. Moreover, I am not persuaded that the construction and maintenance of the corridor necessarily required an absolute extinguishment of the Aboriginal interest. In fact, the circumstances suggest the opposite. The language of the 1953 Order is merely one of the ways, but certainly not the only way, that the federal government might have transferred less than an absolute interest in land. The 1961 agreement does little or nothing to supplement the analysis.

[77] In conclusion, as explained in *Osoyoos, supra*, at paragraph 68, “the interpretation or application that impairs the Indian interests as little as possible should be preferred, so long as the ambiguity is a genuine one”. Embracing that principle, I have concluded, as I am bound to do, that because of the genuine ambiguity in the Seabird Order, it must be interpreted to mean that the entire aboriginal interest in the Lougheed Highway corridor was not extinguished. To borrow the words of Iacobucci J., therefore, I cannot say that “the entire interest of a band is removed” and, consequently, “land remains in the reserve for the purposes of s. 83(1)(a)” (*Osoyoos, supra*, at paragraph 50). Given that the Band retains its interest in land “in the reserve”, it is unnecessary for me to identify precisely the interest granted to the province. Suffice it to say that the Order in Council falls short of completely extinguishing the “entire interest” of the Band and, therefore, the Band is entitled to exercise the powers granted by paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*. Thus, the Appeal Judge's decision cannot stand in light of *Osoyoos, supra*.

[78] I should end by addressing the potential misapprehension that the result of the corridor being “in the reserve” for the purposes of paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act* is to enable the Band to wreak havoc with

intention «claire et nette» d'éteindre complètement le droit autochtone dans le corridor. Le libellé du décret Seabird, comme celui du décret Osoyoos, est réellement ambigu. La législation provinciale ne peut pas être déterminante, mais il s'agit uniquement d'une contrainte imposée à la Couronne pour que cette dernière octroie uniquement un droit qui est visé par l'étendue du pouvoir qui est reconnu à la province par la loi. En outre, je ne suis pas convaincu que la construction et l'entretien du corridor exigeaient nécessairement une extinction absolue du droit autochtone. De fait, les circonstances donnent à entendre le contraire. Le libellé du décret de 1953 constitue simplement l'une des façons, mais certainement pas l'unique façon, pour le gouvernement fédéral de transférer un droit inférieur à un droit absolu sur les terres. L'entente de 1961 n'ajoute pas grand-chose et même n'ajoute rien à l'analyse.

[77] En conclusion, comme on l'a expliqué dans l'arrêt *Osoyoos*, précité, au paragraphe 68, «il faut retenir [l'interprétation] qui porte atteinte de façon minimale aux droits des Indiens, dans la mesure où l'ambiguïté est réelle». En adoptant ce principe, j'ai conclu, comme je suis tenu de le faire, que parce qu'il est réellement ambigu, le décret Seabird doit être interprété de façon à donner à entendre que le droit autochtone dans le corridor où est située l'autoroute Lougheed n'était pas éteint au complet. Comme l'a dit le juge Iacobucci, je ne puis donc pas dire que «le droit que possède la bande est entièrement exclu» et, par conséquent, que «les terres continuent de faire partie de la réserve pour l'application de l'al. 83(1)a)» (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 50). Étant donné que la bande conserve son droit sur les terres situées «dans la réserve», je n'ai pas à définir avec précision le droit conféré à la province. Il suffit de dire que le décret n'a pas pour effet d'éteindre complètement tout le droit de la bande et, par conséquent, que la bande peut à bon droit exercer les pouvoirs conférés à l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*. La décision du juge d'appel ne peut donc pas être maintenue à la lumière de l'arrêt *Osoyoos*, précité.

[78] Je dois enfin traiter de l'idée erronée possible selon laquelle le fait que le corridor est situé «dans la réserve» pour l'application de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens* permet à la bande de nuire fortement à

the maintenance and operation of the road itself or any other interest in the corridor. In fact, this is not the case. For one, the appellant acknowledges that it is not entitled to tax the province in respect of land in the corridor. Also, even under the *Indian Act*, the Band does not have an unfettered right to enact by-laws that are incompatible with the interest created pursuant to section 35 (*Osoyoos*, *supra*, at paragraph 75). Indeed, the result for the respondent in particular is merely that it must pay its taxes to the Band rather than the District of Kent.

D. Reversion to the Band

[79] Because, for purpose of paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*, the Band's entire interest in the Lougheed Highway corridor was not removed from the Reserve, it is unnecessary for me to consider whether the land would revert back to the Band had the Aboriginal interest been completely extinguished.

VII. DISPOSITION

[80] This appeal should be allowed, the decision of the Appeal Judge should be set aside and the appeal from the Seabird Island Indian Band Board Review should be dismissed with costs to the appellant of his appeal and in the Trial Division.

DESIARDINS J.A.: I concur.

* * *

The following are the reasons for judgment rendered in English by

[81] NOËL J.A. (dissenting): In my respectful view, the reasoning of the Supreme Court in *Osoyoos Indian Band*, *supra*, supports the conclusion reached by the Appeal Judge in this case.

[82] I agree that the wording of the Order in Council with which we are concerned is strikingly similar to the one reviewed by the Supreme Court in *Osoyoos*.

l'entretien et à l'exploitation de la route elle-même ou à tout autre droit existant dans le corridor. De fait, tel n'est pas le cas. En effet, l'appelant reconnaît qu'il n'a pas le droit de taxer la province à l'égard des terres situées dans le corridor. De plus, même en vertu de la *Loi sur les Indiens*, la bande ne possède pas un droit inconditionnel de prendre des règlements administratifs qui sont incompatibles avec le droit créé en application de l'article 35 (arrêt *Osoyoos*, précité, au paragraphe 75). De fait, le résultat, en ce qui concerne l'intimée en particulier, est simplement que celle-ci doit verser ses taxes à la bande plutôt qu'au district de Kent.

D. Réversion à la bande

[79] Étant donné que, pour l'application de l'alinéa 83(1)a) de la *Loi sur les Indiens*, le droit que possède la bande dans le corridor où est située l'autoroute Lougheed n'a pas été entièrement retiré de la réserve, je n'ai pas à me demander si les terres reviendraient à la bande dans le cas où le droit autochtone serait complètement éteint.

VII. DISPOSITIF

[80] Cet appel devrait être accueilli, la décision du juge d'appel devrait être infirmée et l'appel interjeté à l'encontre de la Commission d'évaluation de la bande indienne de Seabird Island devrait être rejeté, les dépens étant adjugés à l'appelant en appel et en première instance.

LE JUGE DESIARDINS, J.C.A.: Je souscris à cet avis.

* * *

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

[81] LE JUGE NOËL, J.C.A. (dissident): À mon avis, le raisonnement de la Cour suprême dans l'arrêt *Bande indienne d'Osoyoos*, précité, étaye la conclusion que le juge d'appel a tirée en l'espèce.

[82] Je souscris à l'avis selon lequel le décret qui est ici en cause est remarquablement similaire à celui que la Cour suprême a examiné dans l'arrêt *Osoyoos*.

However, there are two crucial differences which, in my respectful view, would have led the majority to reach a different result in *Osoyoos*.

[83] I refer first to that part of the majority decision under heading “The Nature of the Interest Transferred Under Section 35 in this Case” which I have reproduced in its entirety [at paragraphs 58-65]:

Section 35 clearly permits the taking of reserve land for public purposes. Moreover, it is clear and plain that s. 35 authorizes the taking or use of a range of interests in land, up to and including a fee simple interest. This is obvious from an ordinary and grammatical reading of the words of the section. However, a more fundamental question is whether s. 35 of the *Indian Act* authorized the removal of lands from the reserve for the purposes of s. 83(1)(a) in the circumstances of this case. [Emphasis in original.]

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

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

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

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

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

Toutefois, il y a deux différences cruciales qui, à mon avis, auraient amené la majorité à en arriver à un résultat différent dans l’arrêt *Osoyoos*.

[83] Je mentionnerai d’abord le passage de la décision majoritaire figurant sous le titre «La nature du droit cédé en vertu de l’art. 35 dans la présente affaire», que je reproduis en entier [aux paragraphes 58 à 65]:

L’article 35 permet clairement la prise de terres de réserve pour cause d’utilité publique. De plus, il est clair et net que cet article autorise la prise et l’utilisation d’un large éventail de droits fonciers, y compris même un intérêt en fief simple. Cette conclusion ressort du sens ordinaire et grammatical des mots utilisés dans cette disposition. Toutefois, la question plus fondamentale qui se pose est de savoir si l’art. 35 de la *Loi sur les Indiens* permettait que, dans les circonstances de l’espèce, des terres soient exclues de la réserve et soustraites à l’application de l’al. 83(1)a). [Soulignement figure dans l’original].

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

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

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

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

[TRADUCTION]

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

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

Thus, under s. 21 of the *Water Act*, the Minister of Agriculture was only empowered to expropriate the “estate or interest in or easement over land” that was “reasonably required” for the purposes of the canal, not more. The Province could not do an end run around the limitations on its powers inherent in the *Water Act* and expropriate a greater interest than was reasonably required for the canal by proceeding under s. 35(1) of the *Indian Act*. [My emphasis.]

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

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

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

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

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

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

En vertu de l'article 21 de la *Water Act*, le ministre de l'Agriculture ne pouvait donc exproprier «que les domaines, droits, intérêts ou servitudes relatifs» aux «terres raisonnablement requises» à l'égard du canal, sans plus. La province ne pouvait pas, au moyen du par. 35(1) de la *Loi sur les Indiens*, contourner les limites intrinsèques des pouvoirs que lui accorde la *Water Act* et exproprier un droit supérieur à celui qui était raisonnablement requis pour le canal.

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

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

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

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

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

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

[84] This reasoning was sufficient to dispose of the appeal in *Osoyoos*. Having found that it had not been shown that anything more than a leasehold interest or an easement was “reasonably required” to construct, operate or maintain the canal within the meaning of the *Water Act*, the Court was bound to conclude that the Order in Council did not convey a greater interest (*Osoyoos*, *supra*, at paragraph 69). Irrespective of anything else, the provincial government could not take more, and the federal government could not grant more, than what the *Water Act* authorized.

[85] No such restriction exists here. On the contrary, the *Highway Act* as it read at the relevant time, contemplated that “Unless otherwise provided for, the soil and freehold of every public highway shall be vested in His Majesty” (section 5). That this Act generally provides for the taking of a freehold in land rather than some lesser interest is not surprising. While every road can conceivably be built and operated on leased lands, or on a mere right of way, it would have made no sense in 1956, any more than it would today, to build a major highway on land held by a third party. The

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

[84] Ce raisonnement était suffisant pour régler l'appel dans l'affaire *Osoyoos*. La Cour, qui avait conclu qu'il n'avait pas été démontré qu'un droit supérieur à un intérêt à bail ou à une servitude était «raisonnablement requis» pour les fins de la construction, de l'exploitation ou de l'entretien du canal au sens de la *Water Act*, était tenue de conclure que le décret ne cédait pas un droit supérieur (*Osoyoos*, précité, au paragraphe 69). Indépendamment de toute autre considération, le gouvernement provincial ne pouvait pas prendre plus, et le gouvernement fédéral ne pouvait pas octroyer plus, que ce que la *Water Act* autorisait.

[85] Or, en l'espèce, il n'existe aucune restriction de ce genre. Au contraire, la *Highway Act*, telle qu'elle était libellée au moment pertinent, prévoyait que [TRADUCTION] «[s]auf indications contraires, le titre de propriété du fonds de terre et de la voie publique [était] détenu par Sa Majesté» (article 5). Il n'est pas surprenant que dans ce cas-ci la Loi prévoit d'une façon générale la prise de possession de la pleine propriété des terres plutôt que d'un droit moindre. On peut imaginer qu'il est possible de construire et d'exploiter une route sur des terres louées, ou sur des terres assujetties à un

Appeal Judge's finding to that effect (reasons, at paragraphs 23, 24 and 30) is based on the words of the *Highway Act* and plain common sense.

[86] The new evidence allowed in by my colleagues does not detract from the conclusion reached by the Appeal Judge on this point. It shows that exceptionally the Province took a lesser interest from Canadian Pacific Railway Company with respect to a limited strip within the 100-foot corridor running through part of the reserve. The record makes it clear that Canadian Pacific did not want the lands running along its railway right of way to be dedicated for highway purposes (Motion Record, at pages 10-11). The *Highway Act* expressly contemplates that the Province could take a lesser interest where "otherwise provided" (section 5).

[87] I do not believe that the Appeal Judge in reaching the above-noted conclusion proceeded on the basis that the provincial legislation was *prima facie* determinative of the terms of the transfer (Linden J.A., paragraph 58, *supra*); his reasons make it clear that the only relevant intention is that of the Crown acting in its federal capacity. However, in determining this intention, he found it useful to consider the request to which the grantor was responding (reasons, at paragraphs 16, 17 and 18).

[88] I can detect no error in the approach adopted by the Appeal Judge. Indeed, the majority in *Osoyoos*, *supra*, specifically refers to paragraphs 13 to 19 of the reasons of the Appeal Judge in the present matter as reflecting the proper approach in matters such as this (*Osoyoos*, at paragraph 47). The Appeal Judge nowhere departs from this framework of analysis. In the end, only a clear and plain intention on the part of the federal government can support a conclusion that land has been removed from a reserve (reasons, at paragraph 19).

[89] The other crucial difference between the two Orders in Council lies in the last clause which deals with

simple droit de passage, mais l'idée de construire une autoroute importante sur des terres détenues par un tiers n'avait pas plus de sens en 1956 qu'elle n'en aurait aujourd'hui. La conclusion du juge d'appel (aux paragraphes 23, 24 et 30 de ses motifs) est fondée sur le libellé de la *Highway Act* et sur le simple bon sens.

[86] Les nouveaux éléments de preuve qui ont été admis par mes collègues ne changent rien à la conclusion tirée par le juge d'appel sur ce point. Ils montrent qu'exceptionnellement, la province avait obtenu du Canadien Pacifique un droit inférieur à l'égard d'une bande restreinte située dans le corridor, d'une largeur de 100 pieds, traversant une partie de la réserve. Le dossier montre clairement que le Canadien Pacifique ne voulait pas que les terres situées le long de son emprise soient dévolues à la province pour les fins d'une route (dossier de la requête, aux pages 10 et 11). La *Highway Act* prévoit expressément que la province peut prendre possession d'un droit inférieur s'il y a des [TRADUCTION] «indications contraires» (article 5).

[87] Je ne crois pas qu'en tirant la conclusion susmentionnée, le juge d'appel se soit fondé sur le fait que la législation provinciale était à première vue déterminante quant aux conditions du transfert (juge Linden, J.C.A., au paragraphe 58); les motifs du juge montrent clairement que la seule intention pertinente est celle de la Couronne agissant à titre de gouvernement fédéral. Toutefois, en déterminant cette intention, le juge a conclu qu'il était utile d'examiner la demande à laquelle le concédant répondait (aux paragraphes 16, 17 et 18 de ses motifs).

[88] Je ne puis déceler aucune erreur dans l'approche adoptée par le juge d'appel. De fait, dans l'arrêt *Osoyoos*, précité, la majorité mentionne expressément les paragraphes 13 à 19 des motifs prononcés par le juge d'appel en l'espèce comme représentant l'approche qu'il convient d'adopter dans des cas comme celui-ci (*Osoyoos*, au paragraphe 47). Le juge d'appel ne s'écarte jamais de ce cadre d'analyse. En fin de compte, seule une intention claire et expresse de la part du gouvernement fédéral peut étayer une conclusion selon laquelle des terres ont été retirées d'une réserve (au paragraphe 19 de ses motifs).

[89] L'autre différence cruciale entre les deux décrets se rapporte à la dernière clause, qui traite des droits

mineral rights. In *Osoyoos*, the majority of the judges, relying on a finding made by Lambert J.A. of the B.C. Court of Appeal, held that the reservation of mineral rights in that case was a “boiler plate” provision and thus not properly indicative of the intention of the grantor (*Osoyoos*, at paragraph 79).

[90] A “boiler plate” provision as these words suggest is a standard clause which is systematically reproduced usually *verbatim* in a series of instruments having the same object (*Black’s Law Dictionary*, 6th ed., at page 175). The fact that such clauses are automatically inserted appears to have led the majority in *Osoyoos*, to hold that, although the reservation of mineral rights was otherwise “quite instructive”, no reliance could be placed on it.

[91] The exact wording of the clause in *Osoyoos* was as follows:

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

[92] In contrast, the clause in the Order in Council under review provides:

Reserving all mines and minerals whether solid, liquid or gaseous which may be found to exist within, upon or under such lands, together with full power to work the same and for this purpose to enter upon, use and occupy the said lands or so much thereof and to such extent as may be necessary for the effectual working and extracting of the said minerals.

[93] Accepting as I must, that the clause in *Osoyoos* was “boiler plate”, as this term is usually understood, this last clause cannot possibly be labelled the same way. The comparison of the two orders makes it clear that in the present case, the federal government, in an obvious attempt to reconcile the public interest in having the subject lands used for highway purposes and its fiduciary duty (as it then understood it) to minimally impair Indian interests in reserve land, carefully carved out of the interest granted to the Province, the ownership of mines and minerals, and provided for the right to “enter upon, use and occupy the said lands . . . to such extent as may be necessary for” the exploitation of these mines and minerals (compare *Osoyoos*, at paragraphs 52 to 55).

miniers. Dans l’arrêt *Osoyoos*, la majorité des juges, en se fondant sur une conclusion de M. le juge Lambert, de la Cour d’appel de la Colombie-Britannique, a statué que la réserve relative aux droits miniers était une disposition type et qu’elle ne dénotait donc pas l’intention du cédant (*Osoyoos*, au paragraphe 79).

[90] Une disposition type est une clause qui est systématiquement reproduite, habituellement mot pour mot, dans une série d’instruments ayant le même objet (*Black’s Law Dictionary*, 6^e éd., à la page 175). Le fait que pareilles clauses sont automatiquement incluses semble avoir amené la majorité, dans l’arrêt *Osoyoos*, à statuer que, bien que l’argument se rapportant à la réserve relative aux droits miniers fût par ailleurs «fort instructif», on ne pouvait pas se fonder sur cette réserve.

[91] Le libellé exact de la clause, dans l’affaire *Osoyoos*, était le suivant:

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

[92] Par contre, la clause figurant dans le décret ici en cause prévoit ce qui suit:

[TRADUCTION] Sous réserve de toute mine et de tout minerai sous forme solide, liquide ou gazeuse pouvant être trouvés dans, sur ou sous ces terres ainsi que du plein pouvoir d’exploiter pareille mine et pareil minerai et, à cette fin, sous réserve du droit d’entrer sur tout ou partie desdites terres, de les utiliser et de les occuper dans la mesure où il est nécessaire pour exploiter et extraire lesdits minerais d’une façon efficace.

[93] Si je reconnais comme je dois le faire que la clause dans l’affaire *Osoyoos* était une disposition type au sens habituel de cette expression, la clause dont il est ici question ne peut aucunement être qualifiée de la même façon. La comparaison des deux décrets montre clairement qu’en l’espèce, le gouvernement fédéral, qui tentait de toute évidence de concilier l’intérêt public exigeant que les terres en cause soient utilisées pour les fins de la route d’une part, et son obligation de fiduciaire (telle qu’il l’interprétait alors) de porter atteinte le moins possible aux droits des Indiens sur les terres de réserve d’autre part, a minutieusement exclu du droit conféré à la province le droit de propriété relatif aux mines et minerais et a conféré le droit [TRADUCTION] d’«entrer sur tout ou partie desdites terres, de les utiliser et de les

[94] As was found by the Appeal Judge, this severing when considered in light of the Province's unlimited power to take land for the purpose contemplated by the *Highway Act* points in only one direction; the Governor in Council, after considering the competing interests, authorized the transfer of the lands in question subject to the exception stated (reasons, at paragraphs 28 and 29).

[95] The principle of minimal impairment will tilt the balance in favour of the Indian interests wherever there is a "genuine" ambiguity in the intention of the federal government as evidenced by the instrument of conveyance (*Osoyoos*, at paragraph 68). A genuine ambiguity requires that there be a real doubt about the nature and extent of the interest conveyed. In the absence of any such doubt, it is incumbent upon the courts to give effect to the clear and plain intention of the federal government.

[96] In my view, it has not been shown when regard is had to the reasons of the Supreme Court in *Osoyoos* that a genuine ambiguity exists in this case or that the Appeal Judge erred in concluding that it was plain and obvious that the federal government by its Order in Council transferred to the Province absolute ownership of the subject lands save and except for the mines and minerals found to exist within, upon or under these lands.

[97] I would also reject the alternative grounds of appeal. In my view, the Appeal Judge, for the reasons that he gave, correctly concluded that the phrase "for road purposes" in the recital to the Order in Council did not render the fee determinable (reasons, paragraph 38). Nor has it been shown that the Appeal Judge committed any error in holding that the corridor of land comprising the Lougheed Highway continues to be used for "road purposes" (reasons, at paragraphs 36 and 37).

[98] I would dismiss the appeal with costs.

occuper dans la mesure où il est nécessaire pour» exploiter ces mines et minerais (comparer *Osoyoos*, aux paragraphes 52 à 55).

[94] Comme le juge d'appel l'a conclu, cette séparation, si elle est considérée à la lumière du pouvoir illimité de la province de prendre des terres pour les fins envisagées par la *Highway Act*, ne peut indiquer qu'une chose, à savoir qu'après avoir tenu compte des intérêts contradictoires, le gouverneur en conseil a autorisé le transfert des terres en question sous réserve de l'exception mentionnée (aux paragraphes 28 et 29 de ses motifs).

[95] Le principe de l'atteinte minimale fait pencher la balance du côté des droits des Indiens dans tous les cas où il existe une ambiguïté «réelle» dans l'intention du gouvernement fédéral tel qu'en fait foi le document de transfert (*Osoyoos*, au paragraphe 68). Pour qu'il y ait ambiguïté réelle, il doit subsister un doute réel au sujet de la nature et de l'étendue du droit qui est cédé. En l'absence de doute, il incombe aux tribunaux judiciaires de donner effet à l'intention claire et nette du gouvernement fédéral.

[96] À mon avis, s'il est tenu compte des motifs prononcés par la Cour suprême dans l'arrêt *Osoyoos*, il n'a pas été démontré qu'il existe en l'espèce une ambiguïté réelle ou que le juge d'appel a commis une erreur en concluant qu'il ressortait manifestement du décret que le gouvernement fédéral avait cédé à la province un droit de propriété absolu sur les terres en cause à l'exception des mines et minerais qui se trouvaient dans, sur ou sous ces terres.

[97] Je rejetterais également les moyens subsidiaires d'appel. À mon avis, le juge d'appel, pour les motifs qu'il a exprimés, a correctement conclu que l'expression «pour les besoins d'une route» figurant dans les attendus du décret ne rendait pas extinguable la pleine propriété (au paragraphe 38 de ses motifs). Il n'a pas non plus été démontré que le juge d'appel a commis une erreur en statuant que le corridor dans lequel était située l'autoroute Lougheed continue à être utilisé «pour les fins d'une route» (aux paragraphes 36 et 37 de ses motifs).

[98] Je rejetterais l'appel avec dépens.