

T-1827-98

T-1827-98

BC Tel (*Appellant*)BC Tel (*appelante*)

v.

c.

Assessor for Seabird Island Indian Band (*Respondent*)Évaluateur de la bande indienne de Seabird Island (*intimé*)

INDEXED AS: BC TEL v. SEABIRD ISLAND INDIAN BAND (T.D.)

RÉPERTORIÉ: BC TEL c. BANDE INDIENNE DE SEABIRD ISLAND (1<sup>re</sup> INST.)

Trial Division, Muldoon J.—Vancouver, February 1; Ottawa, May 17, 2000.

Section de première instance, juge Muldoon—Vancouver, 1<sup>er</sup> février; Ottawa, 17 mai 2000.

*Native peoples — Lands — Appeal from Band Board of Review's decision appellant subject to taxation by Band for use, occupation of reserve lands over which its fibre optic cable hung — Indian Act, s. 83 permitting bands to tax land, interest in land in reserve — For land to be within reserve, must satisfy definition of "reserve" in s. 2(1) — 1956 order in council authorizing taking of certain reserve lands by province — Application of principles of interpretation, special principles relevant when native interests involved — Federal Crown must display plain, clear intention to extinguish Native right — Separate tests for extinguishment, ascertaining nature of interest taken — As to extinguishment, old Highway Act indicating province's intention to extinguish all interests, transfer to itself fee simple in lands taken for highway purposes — Nothing in 1956 order in council detracting from intention expressed in Highway Act — Use of "take", "lands", "right of way", "administration and control" considered — Reservation of mineral, mining rights, implying absolute transfer of surface rights — Payment of lump sum implying absolute transfer — What province sought to acquire, federal Crown intended to transfer — Province acquired absolute title to surface of land — As not exercising any powers in corridor lands, Band not retaining sufficient interest to tax use thereof.*

*Peuples autochtones — Terres — Appel de la décision de la commission de révision de la bande indienne, qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe par la bande pour ce qui est de l'usage et de l'occupation des terres de la réserve au-dessus desquelles le câble de fibre optique de l'appelante est suspendu — L'art. 83 de la Loi sur les Indiens permet aux bandes de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci — Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du mot «réserve» contenue à l'art. 2(1) — Le décret de 1956 permettait la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province — Application des principes d'interprétation et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones — La Couronne fédérale doit démontrer une intention claire et expresse en faveur de l'extinction des droits autochtones — Les critères relatifs à l'extinction et à la nature du droit retiré doivent être appliqués séparément — En ce qui a trait à l'extinction, l'ancienne Highway Act indique clairement l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route — Rien dans le décret de 1956 ne permet de douter de cette intention — Les termes «prise de possession», «terres», «droit de passage» et «l'administration et du contrôle» ont été examinés — La séparation des droits miniers des droits de superficie signifie implicitement le transfert de la propriété absolue des droits de superficie — Le versement d'un paiement forfaitaire laisse entendre que la propriété absolue a été cédée — La Couronne fédérale avait l'intention de céder ce que la province désirait acquérir — La province a reçu le titre absolu relativement au droit de superficie des terres — Comme elle n'a pas exercé ses pouvoirs à l'égard des terres situées dans le corridor, la bande n'a pas conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation.*

This was an appeal from a decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review that the appellant was subject to taxation by the Band. The Privy Council consented, by way of order in council in 1953, pursuant to *Indian Act*,

Il s'agit d'un appel interjeté contre la décision rendue par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island, qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe. Au moyen d'un décret en 1953, le

section 35 to the granting of an easement through reserve lands to British Columbia Electric Company Limited. Section 35 permitted removal of a piece of land or an interest in it from a reserve. In 1956, the Privy Council consented by order in council to the taking of certain reserve lands by the Province of British Columbia, and to the transfer of the administration and control of these lands to the provincial government. The order in council referred to a "right of way" subject to the above-mentioned "easement" and reserved all mines and minerals. British Columbia paid for the land in accordance with a valuation approved by the Band Council. A highway was constructed within a 100-foot-wide corridor cut through the reserve, and telephone poles were erected near the northern edge thereof. The appellant owns and operates 8.4 kilometres of fibre optic cable strung up on those telephone poles. *Indian Act*, section 83 permits bands to tax land or interests in land in the reserve. For a piece of land to be within a reserve, it must satisfy the definition of "reserve" or "designated lands" in *Indian Act*, subsection 2(1). The Board held that the cable lay within the 1953 easement and within the corridor. It found that, if the easement was not part of the corridor, this land would be reserve land and the cable would be subject to taxation by the Band. Alternatively, the Board found that the province did not have a fee simple in the corridor lands, but only a right to use the corridor for road purposes, and if a part of the corridor ceased being used for such purposes it would revert back to being reserve land. It held that the land above which the fibre optic cables were strung was not being used for road purposes, and the appellant was an occupier of land which was in the reserve and was subject to taxation by the Band.

The issue was whether the cable was within the reserve.

*Held*, the appeal should be allowed.

Under section 35, the Crown, in its federal *persona* may intend that land be taken out of a reserve. Evidence of this intent will usually be found in orders in council authorizing the taking, letters patent, or other documents, Crown actions or legislation. The federal government may merely intend to allow a province, municipality or corporation to take what it wants, in which case one must look to the intentions of the taker in order to determine whether the federal government consented to an extinguishment. The Crown's intent is discernible using principles of interpretation for legislative intent and special principles relevant when Native interests

Conseil privé a consenti, en application de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, à octroyer une servitude sur les terres de la réserve à British Columbia Electric Company Limited. L'article 35 permettait de retirer à une réserve une parcelle de terrain ou un droit dans cette dernière. Au moyen d'un décret en 1956, le Conseil privé a consenti à la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province de la Colombie-Britannique et au transfert de l'administration et du contrôle de ces terres au gouvernement provincial. Le décret en question concerne un «droit de passage», sous réserve de la «servitude» susmentionnée et de toute mine et de tout minerai. La Colombie-Britannique a versé pour cette terre un montant établi conformément à une évaluation approuvée par le Conseil de bande. Une autoroute a été construite dans un corridor d'une largeur de 100 pieds qui coupe à travers la réserve et des poteaux téléphoniques ont été érigés près du bord nord des terres du corridor. L'appellante détient et exploite un câble de fibre optique fixé aux poteaux téléphoniques sur une distance de 8,4 kilomètres. L'article 83 de la *Loi sur les Indiens* permet aux bandes de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci. Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du mot «réserve» ou par celle de l'expression «terres désignées» qui sont prévues au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. La commission a conclu que le câble se trouvait à l'intérieur de la servitude de 1953 et à l'intérieur du corridor. Elle a conclu que si la servitude ne faisait pas partie du corridor, cette terre serait une terre de la réserve et que le câble s'y trouvant serait assujéti à la taxation par la bande. Subsidiellement, la commission a également conclu que la province ne détenait pas les terres du corridor en pleine propriété et que cette dernière avait plutôt le droit d'utiliser le corridor pour les fins de la route mais que, si une partie du corridor cessait d'être utilisée à ces fins, cette partie redeviendrait une terre de la réserve. La commission a ensuite conclu que la terre au-dessus de laquelle les câbles de fibre optique étaient fixés n'était pas utilisée pour les fins de la route, que l'appelante était l'occupante d'une terre située dans la réserve et qu'elle était assujéti au pouvoir de taxation de la bande.

La question en litige consiste à savoir si le câble se situe dans la réserve.

*Arrêt*: l'appel est accueilli.

En vertu de l'article 35, la Couronne, représentée par le gouvernement fédéral, peut avoir l'intention de retirer des terres d'une réserve. La preuve de cette intention se trouvera généralement dans les décrets autorisant la prise de possession, dans les lettres patentes ou autres documents ainsi que dans les actes ou les dispositions législatives de la Couronne. Le gouvernement fédéral pourrait seulement avoir l'intention de permettre à une province, à une municipalité ou à une société de prendre ce qu'elle veut, auquel cas il faudrait examiner les intentions du preneur pour déterminer si le gouvernement fédéral a consenti ou non à l'extinction.

are involved. The federal Crown must display a plain and clear intention in favour of extinguishment before anything will be extinguished.

The nature of the interest taken must be ascertained from the language of the statutes, the agreements between the original parties, and the subsequent actions and declarations of the parties. The tests for extinguishment and for determining the nature of the interest taken must be applied separately.

In respect of the test for extinguishment, the most significant signal of provincial intentions is found in the old *Highway Act* which clearly indicates that the province intended to extinguish all interests and to transfer to itself the fee simple in lands taken for highway purposes. Nothing in the 1956 order in council detracts from that intention. The use of the words "take" or "lands" in the order did not change provincial intentions or promote ambiguity in light of the old *Highway Act*. The use of the term "right of way" merely pointed to the corridor rather than described the nature of any legal interest transferred, despite the fact that the term was used to describe the nature of a legal interest in land when describing the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited. Such use was irrelevant to the term's definition when used in the context of the corridor lands. The term "right of way" did not, therefore, give rise to any ambiguity. The purpose of the taking, when mentioned in the order in council's recital was a neutral factor.

The transfer to the province of the corridor's "administration and control" was likely expressed in light of the indivisibility of the Crown, to indicate a shifting of title from the realm of federal responsibility to that of a province, as held recently by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*. But that judgment could not be accepted as conclusive because the Supreme Court of Canada has granted leave to appeal.

Mineral rights may be severed from surface rights when allowing the latter to be taken, thus implying that the federal government intended to transfer absolute ownership of the surface rights to the province. The lump sum payment from the province to the Band at the time of the taking also implied that absolute ownership was transferred.

It was clear that the provincial Crown intended to acquire the fee simple in the corridor lands, and that the Crown *qua* federal government consented to such transfer, excepting the

L'intention de la Couronne peut être décelée au moyen de l'utilisation des principes d'interprétation de l'intention du législateur et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones. La Couronne fédérale doit démontrer une intention claire et expresse en faveur de l'extinction avant qu'un droit puisse être éteint.

Pour déterminer la nature du droit qui a été retiré à une bande, il faut examiner le texte des lois, toutes les ententes conclues entre les parties initiales, ainsi que les actions et déclarations subséquentes des parties. Les critères relatifs à l'extinction et à la nature du droit retiré doivent être appliqués séparément.

En ce qui a trait au critère relatif à l'extinction, l'indication la plus importante des intentions provinciales se trouve dans l'ancienne *Highway Act* qui indique clairement l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route. Rien dans le décret de 1956 ne permet de douter de cette intention. L'utilisation des termes «prise de possession» et «terres» dans le décret ne change rien aux intentions provinciales et ne crée pas d'ambiguïté à la lumière de l'ancienne *Highway Act*. L'expression «droit de passage» ne vise qu'à indiquer le corridor plutôt qu'à décrire la nature de quelque droit cédé, malgré le fait que cette expression soit utilisée pour décrire la nature d'un droit dans les terres dans le contexte de la description de la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited. Cette utilisation n'est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor. L'expression «droit de passage» ne donne donc pas lieu à une ambiguïté. Le but visé par la prise de possession, mentionné dans les attendus du décret, constitue un facteur neutre.

Le transfert à la province de «l'administration et du contrôle» du corridor est une expression qui a vraisemblablement été utilisée à la lumière de l'indivisibilité de la Couronne pour indiquer le passage du titre du domaine de la responsabilité fédérale à celui d'une province, comme l'a récemment conclu la Cour d'appel de la Colombie-Britannique à la majorité dans *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*. Cependant, cet arrêt ne peut pas être accepté comme étant définitif étant donné que la Cour suprême du Canada a accordé la demande d'autorisation d'appel.

On peut séparer les droits miniers des droits de superficie lorsqu'on permet la prise de ces derniers, ce qui signifie que le gouvernement fédéral avait l'intention de céder la propriété absolue des droits de superficie à la province. Le paiement forfaitaire versé par la province à la bande au moment de la prise de possession laisse également entendre que la propriété absolue a été cédée.

Il ressort manifestement que la Couronne provinciale avait l'intention d'acquérir la pleine propriété des terres du corridor et que la Couronne à titre de gouvernement fédéral

mineral and mining rights to the lands in question. Therefore in 1956, the province was given absolute title to the surface of the land.

The Band did not retain a sufficient interest in the lands to enable it to tax the use thereof. It has never exercised, since 1956, its powers in respect of roads, to manage and maintain the corridor's paved highway or the buffer zone surrounding it. Nor was there evidence that any of the other powers granted to bands under the *Indian Act* were exercised in the corridor. That the Band approved a valuation of the land and accepted payment therefor implied that it understood from the beginning that it would no longer have the use and benefit of the lands. Because the province has title to the lands, they are not in the reserve.

The Board erred in concluding that the hanging of a fibre optic cable precluded use for road purposes of the land over which it was strung. The 1956 order in council did not make the taking and transfer of the land contingent on its continued use for road purposes. The presence of the phrase "for road purposes" in an instrument's recital does not render determinable a fee.

#### STATUTES AND REGULATIONS JUDICIALLY CONSIDERED

- Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7, s. 24 (as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6).  
*Highway Act*, R.S.B.C. 1948, c. 144, ss. 2 "land", 5, 8, 9, 11, 14.  
*Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149, s. 35.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 2(1) "designated lands" (as enacted by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1), "reserve" (as am. *idem*), 81(1) (as am. by R.S.C., 1985 (1st Supp.), c. 32, s. 15), (b),(f), 83 (as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10).  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1948, c. 1, s. 24(20) "land".  
*Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, s. 12.

#### CASES JUDICIALLY CONSIDERED

##### APPLIED:

- Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649; [1999] 1 C.N.L.R. 42; 228 N.R. 378 (F.C.A.), leave to appeal to S.C.C. dismissed, [1998] 1 S.C.R. vii; *R. v. Sparrow*,

a consenti à un tel transfert, à l'exception des droits miniers dans les terres en question. Par conséquent, la province a reçu en 1956 le titre absolu relativement au droit de superficie des terres.

La bande n'a pas conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation. La bande n'a jamais exercé, depuis 1956, ses pouvoirs en matière de routes pour gérer et entretenir l'autoroute asphaltée se trouvant dans le corridor et la zone tampon entourant cette dernière. Il n'y a pas eu non plus d'éléments de preuve présentés en vue de démontrer que les autres pouvoirs conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens* ont été exercés dans le corridor. Le fait que la bande a approuvé l'évaluation des terres et qu'elle a accepté un paiement en contrepartie de ces dernières indique que la bande a compris dès le début qu'elle n'aurait plus l'usage et le profit des terres en question. Puisque la province détient le titre relatif aux terres, ces dernières ne font pas partie de la réserve.

La commission a commis une erreur en concluant que la suspension d'un câble de fibre optique empêche, pour les fins d'une route, l'utilisation des terres au-dessus desquelles il est fixé. Le décret de 1956 ne rend pas la prise et le transfert des terres conditionnels à leur utilisation continue pour les fins d'une route. La présence de l'expression «pour les besoins d'une route» dans les attendus d'un texte de loi ne rend pas extinguable la pleine propriété.

#### LOIS ET RÈGLEMENTS

- Highway Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 144, art. 2 «land», 5, 8, 9, 11, 14.  
*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1948, ch. 1, art. 24(20) «land».  
*Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, art. 12.  
*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. 2(1) «réserve» (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1), «terres désignées» (édicte, *idem*), 81(1) (mod. par L.R.C. (1985) (1<sup>er</sup> suppl.), ch. 32, art. 15), b), f), 83 (mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 10).  
*Loi sur les Indiens*, S.R.C. 1952, ch. 149, art. 35.

#### JURISPRUDENCE

##### DÉCISIONS APPLIQUÉES:

- Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325; (1999), 176 D.L.R. (4th) 35; [2000] 1 C.N.L.R. 21; 99 DTC 5564; 243 N.R. 302; 26 R.P.R. (3d) 151 (C.A.); *Canadien 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.), demande d'autorisation d'appel à la C.S.C. rejetée, [1998] 1

[1990] 1 S.C.R. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *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.

## CONSIDERED:

*Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 122 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (C.A.).

## REFERRED TO:

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

## AUTHORS CITED

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEAL from a decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review that the appellant was subject to taxation by the Band for the use and occupation of reserve lands over which its fibre optic cable hung. Appeal allowed.

## APPEARANCES:

*Peter D. Feldberg* and *Anne M. Dobson-Mack* for appellant.

*Gary S. Snarch* and *Fiona C. M. Anderson* for respondent.

## SOLICITORS OF RECORD:

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, for appellant.

*Snarch & Allen*, Vancouver, for respondent.

R.C.S. vii; *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075; (1990), 70 D.L.R. (4th) 385; [1990] 4 W.W.R. 410; 46 B.C.L.R. (2d) 1; 56 C.C.C. (3d) 263; [1990] 3 C.N.L.R. 160; 111 N.R. 241; *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.

## DÉCISION EXAMINÉE:

*Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589; 122 B.C.A.C. 220; 68 B.C.L.R. (3d) 218; [1999] 4 C.N.L.R. 91 (C.A.).

## DÉCISIONS CITÉES:

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

## DOCTRINE

Sullivan, Ruth. *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed. Toronto: Butterworths, 1994.

APPEL de la décision rendue par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island qui a conclu que l'appelante était assujettie à l'imposition d'une taxe par la bande pour ce qui est de l'usage et de l'occupation des terres de la réserve au-dessus desquelles le câble de fibre optique de l'appelante est suspendu. Appel accueilli.

## ONT COMPARU:

*Peter D. Feldberg* et *Anne M. Dobson-Mack* pour l'appelante.

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

## AVOCATS INSCRITS AU DOSSIER:

*Lawson Lundell Lawson & McIntosh*, Vancouver, pour l'appelante.

*Snarch & Allen*, Vancouver, pour l'intimé.

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

[1] MULDOON J.: This is an appeal, pursuant to section 24 of the *Federal Court Act*, R.S.C., 1985, c. F-7 [as am. by S.C. 1990, c. 8, s. 6] and section 60 of the *Seabird Island Indian Assessment By-law*, approved September 25, 1992, from a decision by the Seabird Island Indian Band Board of Review dated August 4, 1998 finding that the appellant was subject to taxation pursuant to the *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, approved September 25, 1992, and the *Seabird Island Indian Band Assessment By-law* and their amendments.

#### Facts

[2] The appellant, BC Tel, is a corporation which supplies telephone and telecommunications services to customers throughout the province of British Columbia. It owns and operates 8.4 kilometres of fibre optic cable strung up on telephone poles lying alongside the Loughheed Highway. This highway cuts straight across Seabird Island. A reserve has existed on the whole of this island since 1879 .

[3] By way of Order in Council P.C. 1953-30, dated January 14, 1953, the Privy Council consented, pursuant to section 35 of the *Indian Act*, R.S.C. 1952, c. 149 (hereinafter old *Indian Act*), to the granting of an easement through reserve lands to the British Columbia Electric Company Limited.

[4] By Order in Council P.C. 1956-1659, dated November 7, 1956, the Canadian Privy Council consented to the taking of certain reserve lands by the province of British Columbia and to the transfer of the administration and control of these lands to the provincial government. The Order in Council 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;

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

[1] LE JUGE MULDOON: Il s'agit d'un appel interjeté en vertu de l'article 24 de la *Loi sur la Cour fédérale*, L.R.C. (1985), ch. F-7 [mod. par L.C. 1990, ch. 8, art. 6] et de l'article 60 du *Seabird Island Indian Assessment By-law*, adopté le 25 septembre 1992, contre la décision rendue le 4 août 1998 par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island, qui a conclu que l'appelante était assujettie à la taxation aux termes du *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, adopté le 25 septembre 1992, et du *Seabird Island Indian Band Assessment By-law*, sous leur forme modifiée.

#### Les faits

[2] L'appelante, BC Tel, est une société de prestation de services téléphoniques et de télécommunications qui a des clients dans toute la province de la Colombie-Britannique. Elle détient et exploite un câble de fibre optique fixé aux poteaux téléphoniques situés le long de l'autoroute Loughheed sur une distance de 8,4 kilomètres. Cette autoroute traverse l'île Seabird en droite ligne. Une réserve occupant l'ensemble de l'île existe depuis 1879.

[3] Au moyen du décret C.P. 1953-30, daté du 14 janvier 1953, le Conseil privé a consenti, en application de l'article 35 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. 1952, ch. 149 (ci-après l'ancienne *Loi sur les Indiens*), à octroyer une servitude sur les terres de la réserve à British Columbia Electric Company Limited.

[4] Au moyen du décret C.P. 1956-1659, daté du 7 novembre 1956, le Conseil privé du Canada a consenti à la prise de possession de certaines terres de la réserve par la province de la Colombie-Britannique et au transfert de l'administration et du contrôle de ces terres au gouvernement provincial. Le décret prévoit:

#### [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;

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 14<sup>th</sup> 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 [*sic*] of British Columbia, said right-of-way containing by admeasurement forty-four acres and fifteen hundredths of an acre . . . .

Subject to an easement for a power line right-of-way granted in 1953 to British Columbia Electric Company Limited . . . .

Reserving all mines and minerals whether solid, liquid or gaseous which may be found to exist within, upon or under such lands. . . . [Appeal Book, at pp. 021-022.]

As a result of the taking, a 100'-wide swath was cut through the reserve (the corridor). A highway was soon built down the corridor's middle. The British Columbia Electric Company Limited easement lies on the inside of the corridor's northern edge.

[5] By ministerial order dated September 5, 1958 a band, to be named the Seabird Island Indian Band, was created from all of the Aborigines living on Seabird Island. An agreement dated September 26, 1961, allowed for the first telephone poles to be erected on the island. Today, these poles stand near the northern edge of the corridor lands, 25 feet from the highway. No evidence was submitted, however, demonstrating that the poles were actually erected in the easement. However, the right of way is subject to the "easement for a power line". The fibre optic cable which figures in the dispute is strung from the poles.

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 arpents et quinze centième d'un arpent [. . .]

Sous réserve de la servitude pour le droit de passage d'une ligne de transmission conférée en 1953 à British Columbia Electric Company Limited [. . .]

Sous réserve de toute mine et de tout minerai sous forme solide, liquide ou gazeuse pouvant être trouvés dans, sur ou sous ces terres [. . .] [Dossier d'appel, aux p. 021 et 022.]

En raison de la prise de possession, une bande d'une largeur de 100 pieds a été coupée à travers la réserve (le corridor). Une autoroute a été construite peu après sur le long du milieu du corridor. La servitude de British Columbia Electric Company Limited se situe à l'intérieur du bord nord du corridor.

[5] Par décret ministériel daté du 5 septembre 1958, une bande, qui allait s'appeler la bande indienne de Seabird Island, a été créée à partir de l'ensemble des Autochtones vivant sur l'île Seabird. Une convention datée du 26 septembre 1961 a permis l'érection des premiers poteaux téléphoniques sur l'île. Aujourd'hui, ces poteaux se trouvent près du bord nord des terres du corridor et sont situés à 25 pieds de l'autoroute. On n'a toutefois présenté aucune preuve démontrant que les poteaux étaient vraiment érigés dans la servitude. Cependant, le droit de passage est assujéti à la [TRADUCTION] «servitude pour le droit de passage d'une ligne de transmission». Le câble de fibre optique faisant l'objet du présent litige est fixé aux poteaux.

[6] In 1997, the Band began taxing the appellant pursuant to its *Seabird Island Indian Band Taxation By-law*, the *Seabird Island Indian Band Assessment By-law* and their subsequent amendments. The appellant appealed the 1997 and 1998 tax assessments to the Seabird Island Indian Band Board of Review (the Board).

[7] In a decision dated August 4, 1998, the Board rejected the appellant's appeal. In support of its decision, the Board found that the cable lay within the 1953 easement and within the corridor. It found that, if the easement in which the cable was erected was not part of the corridor, then this land would be reserve land and the cable on it would be subject to taxation by the band. (Appeal Book, at pages 004-013.)

[8] In the alternative, the Board also found that the Province did not have the fee simple in the corridor lands. Rather, it had a right to use the corridor for road purposes but that, if a part of the corridor were to cease being used for road purposes, this part would revert back to being reserve land. It then found that the land above which the fibre optic cables were strung was not being used for road purposes. As a result, it found that the appellant was an occupier of land which was in the reserve and that the appellant was, as a result, subject to being assessed for tax by the Band for the land it occupied and improvements constructed on it.

#### Legal Issues

[9] The appellant raises two broad issues. The first issue concerns whether the cable lies within the reserve. Only if it does can the respondent assess tax in respect of it. The second issue concerns whether the Band's taxation by-laws are discriminatory and, therefore, *ultra vires*. The appellant, however, assuming that it could not stand up to the wisdom of the Court of Appeal in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band*, [2000] 1 F.C. 325 (hereinafter *Canadian Pacific Ltd.*), chose to withdraw its submissions in

[6] En 1997, la bande a commencé à taxer l'appelante en application de son *Seabird Island Indian Band Taxation By-law* et de son *Seabird Island Indian Band Assessment By-law*, et de leurs modifications subséquentes. L'appelante a interjeté appel contre les avis de cotisation 1997 et 1998 auprès de la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island (la commission).

[7] Par décision datée du 4 août 1998, la commission a rejeté l'appel. À l'appui de sa décision, la commission a conclu que le câble se trouvait à l'intérieur de la servitude de 1953 et à l'intérieur du corridor. Elle a conclu que si la servitude dans laquelle le câble avait été érigé ne faisait pas partie du corridor, cette terre serait une terre de la réserve et que le câble s'y trouvant serait assujéti à la taxation par la bande. (Dossier d'appel, aux pages 004 à 013.)

[8] Subsidiairement, la commission a également conclu que la province ne détenait pas les terres du corridor en pleine propriété. La commission a conclu que cette dernière avait plutôt le droit d'utiliser le corridor pour les fins de la route mais que, si une partie du corridor cessait d'être utilisée à ces fins, cette partie redeviendrait une terre de la réserve. La commission a ensuite conclu que la terre au-dessus de laquelle les câbles de fibre optique étaient fixés n'était pas utilisée pour les fins de la route. La commission a donc conclu que l'appelante était l'occupante d'une terre située dans la réserve et qu'elle était susceptible de faire l'objet d'une cotisation de la part de la bande pour la terre qu'elle occupait et pour les améliorations qui y avaient été construites.

#### Les questions de droit

[9] L'appelante soulève deux grandes questions. La première question consiste à savoir si le câble se situe dans la réserve. C'est seulement si tel est le cas que l'intimé peut établir une cotisation à son égard. La deuxième question consiste à savoir si le règlement de taxation de la bande est discriminatoire et, par conséquent, *ultra vires*. Toutefois, estimant qu'elle ne pouvait aller à l'encontre de la décision sage rendue par la Cour d'appel dans *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui*, [2000] 1 C.F. 325



regard this last issue.

[10] With respect to the first issue, the appellant submits that both the federal and provincial governments displayed, in a plain and clear fashion, an intention wholly to extinguish the Band's interest in the corridor lands. In support of this stand, it relies on the 1956 order, the 1953 order, B.C.'s old *Highway Act*, R.S.B.C. 1948, c. 144 and section 83 of the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5 [as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 10]. In the alternative, the appellant submits that neither the governments nor the Aboriginal people of Seabird Island, at the time at which the 1956 order was promulgated, were intent on allowing the latter to have the use and benefit of the corridor. The respondent points to the wide ambit of section 35 of the old *Indian Act*, the definition of "land" in the old *Highway Act* [section 2] and subsection 24(20) of B.C.'s old *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1948, c. 1 in support of its submission that the intentions of the federal government, as expressed in the 1956 Order in Council, are not plain and clear. In the alternative, it argues that the land under the fibre optic cable is not being used for road purposes and should, therefore, revert back to the Band.

[11] A band's power to tax springs from paragraph 83(1)(a) of the *Indian Act*. This paragraph allows bands to make by-laws in order to tax land or interests located in its reserve:

**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;

[12] For a piece of land to be within a reserve, it must satisfy the definition of the term "reserve"

(ci-après *Canadien Pacifique Ltée*), l'appelante a décidé de retirer ses arguments relatifs à cette dernière question.

[10] Relativement à la première question en litige, l'appelante soutient que les gouvernements fédéral et provincial ont manifesté clairement leur intention d'éteindre entièrement les droits de la bande dans les terres du corridor. À l'appui de cet argument, elle invoque le décret de 1956, le décret de 1953, l'ancienne *Highway Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1948, ch. 144, ainsi que l'article 83 de la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. I-5 [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 10]. L'appelante soutient subsidiairement qu'au moment où le décret de 1956 a été promulgué, ni les gouvernements ni le peuple autochtone de l'île Seabird n'avaient l'intention de permettre à ce dernier d'avoir l'usage et le profit du corridor. L'intimé invoque la grande portée de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, la définition de [TRADUCTION] «terrain» figurant dans l'ancienne *Highway Act* [article 2] ainsi que le paragraphe 24(20) de l'ancienne *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1948, ch. 1, à l'appui de son argument que les intentions du gouvernement fédéral, telles qu'elles sont exprimées dans le décret de 1956, ne sont pas claires et expresses. Il prétend subsidiairement que les terres se trouvant sous le câble de fibre optique ne sont pas utilisées pour les fins d'une route et qu'elles devraient donc revenir à la bande.

[11] Le pouvoir de taxation d'une bande découle de l'alinéa 83(1)(a) de la *Loi sur les Indiens*. Cet alinéa permet aux bandes d'adopter des règlements administratifs en vue de taxer les immeubles situés dans leur réserve ainsi que les droits sur ceux-ci:

**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;

[12] Pour qu'une parcelle de terrain soit située dans une réserve, elle doit être visée par la définition du

[as am. by R.S.C., 1985 (4th Supp.), c. 17, s. 1] or “designated lands” [as enacted *idem*] as laid out in subsection 2(1) of the *Indian Act*. Subsection 2(1) provides:

2. (1) In this Act,

...

“designated lands” means a tract of land or any interest therein the legal title to which remains vested in Her Majesty and in which the band for whose use and benefit it was set apart as a reserve has, otherwise than absolutely, released or surrendered its rights or interests, whether before or after the coming into force of this definition;

...

“reserve”

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

(b) except in subsection 18(2), sections 20 to 25, 28, 36 to 38, 42, 44, 46, 48 to 51, 58 and 60 and the regulations made under any of those provisions, includes designated lands;

[13] Under section 35 of the old *Indian Act*, it is possible to remove a piece of land or an interest in it from a reserve. Subsection 35(1), as it read in 1956, provided:

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 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.

The appellant, in its written submissions, pointed to the Supreme Court’s decision in *Opetchesah Indian Band v. Canada*, [1997] 2 S.C.R. 119 to suggest that a taking is no different from an expropriation and, therefore, that it automatically extinguishes a band’s entire interest in a piece of land. Both parties eventually agreed, however, that whether a piece of land or a band’s interest in it is wholly taken out of a reserve depends on the clarity of the Crown’s intentions to do

mot «réserve» [mod. par L.R.C. (1985) (4<sup>e</sup> suppl.), ch. 17, art. 1] ou par celle de l’expression «terres désignées» [édicte, *idem*] qui sont prévues au paragraphe 2(1) de la *Loi sur les Indiens*. Le paragraphe 2(1) prévoit:

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

[. . .]

«réserve» Parcelle de terrain dont Sa Majesté est propriétaire et qu’elle a mise de côté à l’usage et au profit d’une bande; y sont assimilées les terres désignées, sauf pour l’application du paragraphe 18(2), des articles 20 à 25, 28, 36 à 38, 42, 44, 46, 48 à 51, 58 et 60, ou des règlements pris sous leur régime.

[. . .]

«terres désignées» Parcelle de terrain, ou tout droit sur celle-ci, propriété de Sa Majesté et relativement à laquelle la bande à l’usage et au profit de laquelle elle a été mise de côté à titre de réserve a cédé, avant ou après l’entrée en vigueur de la présente définition, ses droits autrement qu’à titre absolu.

[13] En vertu de l’article 35 de l’ancienne *Loi sur les Indiens*, il est possible de retirer à une réserve une parcelle de terrain ou un droit dans cette dernière. Le paragraphe 35(1) prévoyait en 1956:

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.

Dans ses prétentions écrites, l’appelante s’est fondée sur la décision rendue par la Cour suprême dans *Bande indienne des Opetchesah c. Canada*, [1997] 2 R.C.S. 119, pour prétendre qu’une prise de possession n’était pas différente d’une expropriation et qu’elle éteignait donc automatiquement tout droit d’une bande dans une parcelle de terrain. Les deux parties ont cependant fini par convenir que la question de savoir si une parcelle de terrain ou un droit y afférent était

so. As Mr. Justice Décary wrote in *Canadian Pacific Ltd. v. Matsqui Indian Band* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (F.C.A.); leave to appeal dismissed [1998] 1 S.C.R. vii (hereinafter *CP*), at paragraph 27 [page 661]:

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

[14] The passage in *R. v. Sparrow*, [1990] 1 S.C.R. 1075 on which Mr. Justice Décary relied, reads [at pages 1098-1099]:

In the context of aboriginal rights, it could be argued that, before 1982, an aboriginal right was automatically extinguished to the extent that it was inconsistent with a statute.

. . .

That in Judson J.'s view was what had occurred in *Calder*, *supra*, where, as he saw it, a series of statutes evinced a unity of intention to exercise a sovereignty inconsistent with any conflicting interest, including aboriginal title. But Hall J. in that case stated (at p. 404) that "the onus of proving that the Sovereign intended to extinguish the Indian title lies on the respondent and that intention must be 'clear and plain'". (Emphasis added.) The test of extinguishment to be adopted, in our opinion, is that the Sovereign's intention must be clear and plain if it is to extinguish an aboriginal right.

The respondent implied in oral arguments that, when looking at extinguishment under section 35 of the old *Indian Act*, the intentions of the Sovereign in right of a province were moot and that one needs only to concern oneself with the intentions of the Sovereign *qua* federal government. A reading of section 35, however, reveals that this is not always the case.

[15] Under section 35 of the old *Indian Act*, the Sovereign or Crown, in its federal *persona*, may intend that land be taken out of a reserve. As counsel points out, in fact, it is the only government which can carry out such intentions. Evidence of this intent will, if it exists, usually be found in orders in council authorizing the taking, letters patent, or other documents, Crown actions or legislation. For instance, the

totalemment retiré d'une réserve dépendait de la clarté de l'intention de la Couronne à cet égard. Comme le juge Décary, J.C.A. l'a écrit dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Bande indienne de Matsqui* (1998), 162 D.L.R. (4th) 649 (C.A.F.); autorisation d'interjeter appel refusée [1998] 1 R.C.S. vii (ci-après *CP*), au paragraphe 27 [page 661]:

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

[14] L'extrait de l'arrêt *R. c. Sparrow*, [1990] 1 R.C.S. 1075, sur lequel le juge Décary s'est fondé, se lit comme suit [aux pages 1098 et 1099]:

Dans le contexte des droits ancestraux, on pourrait faire valoir qu'avant 1982 un droit ancestral était automatiquement éteint dans la mesure où il était incompatible avec une loi [. . .]

De l'avis du juge Judson, c'est ce qui s'était produit dans l'affaire *Calder*, précitée, où, selon lui, une série de lois avait mis fin à la volonté d'exercer une souveraineté incompatible avec tout intérêt contradictoire, y compris un titre aborigène. Mais le juge Hall a affirmé dans cet arrêt (à la p. 404) «qu'il incombe à l'intimé d'établir que le Souverain voulait éteindre le titre indien, et que cette intention doit être "claire et expresse"». (Nous soulignons.) Le critère de l'extinction qui doit être adopté, à notre avis, est que l'intention du Souverain d'éteindre un droit ancestral doit être claire et expresse.

Dans sa plaidoirie, l'intimé a sous-entendu qu'il ressortait de l'examen de l'extinction aux termes de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens* que les intentions du Souverain du chef d'une province étaient sans objet et qu'il ne fallait se préoccuper que des intentions du Souverain à titre de gouvernement fédéral. La lecture de l'article 35 indique toutefois que cela n'est pas toujours le cas.

[15] En vertu de l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, le Souverain ou la Couronne, représentée par le gouvernement fédéral, peut avoir l'intention de retirer des terres d'une réserve. Comme l'avocat le souligne, il s'agit en fait du seul gouvernement qui peut donner suite à une telle intention. Si elle existe, la preuve de cette intention se trouvera généralement dans les décrets autorisant la prise de possession, dans

Crown, in an order in council, may reserve certain rights to a band, such as those in respect of minerals, and in so doing evince an intent to allow for the extinguishment of all other Native rights attaching to the land. Alternatively, an order in council or letters patent may evince an intent to avoid consenting to extinguishment by subjecting the taking to certain terms and conditions. What happens, however, if the federal government is merely intent on allowing a province, municipality or corporation to take what it wants? In this case, one must look to the intentions of the taker in order to determine whether the federal government consented to an extinguishment or not.

[16] In fact, looking at the intent of, for instance, the Crown *qua* province will often be the first place to look, because, without a plain and clear intent to extinguish at this level, there is little need to look at the federal government's intent. In Canada, provinces take land for highways. Without this preliminary or subsidiary intent to extinguish through a taking, in essence, there is little chance that the later consent under section 35 will include an intent to extinguish. Rather, as noted above, the federal government will often merely acquiesce to whatever intent is shown by a province. It is, however, as the respondent submits, up to the Crown acting in its federal capacity to decide ultimately whether a Native right will be extinguished.

[17] Looking first to the intentions of the Crown *qua* province also makes sense in that it begins the analysis by looking at what the taker wants before looking at what the federal government has consented to in its order in council and letters patent. To look at the federal Crown's intentions first, in effect, is to address the federal answer without considering what the provincial question was. This is particularly hazardous where, as in the case under review, no letters patent exist to amplify the substance, or highlight the intent behind the federal answer.

les lettres patentes ou autres documents ainsi que dans les actes ou les dispositions législatives de la Couronne. Par exemple, la Couronne peut, dans un décret, réserver certains droits à une bande, comme les droits relatifs au minerai, et, ce faisant, démontrer l'intention de permettre l'extinction de tous les autres droits autochtones liés aux terres. De la même manière, un décret ou des lettres patentes peuvent démontrer l'intention d'éviter de consentir à l'extinction en assujettissant la prise de possession à certaines modalités. Toutefois, que se produit-il si le gouvernement fédéral a seulement l'intention de permettre à une province, à une municipalité ou à une société de prendre ce qu'elle veut? Dans ce cas, il faut examiner les intentions du preneur pour déterminer si le gouvernement fédéral a consenti ou non à l'extinction.

[16] En fait, en matière d'intention par exemple, il faut souvent examiner en premier lieu celle de la Couronne à titre de province car, sans intention claire et expresse d'éteindre les droits à ce niveau, il est inutile d'examiner l'intention du gouvernement fédéral. Au Canada, les provinces prennent possession de terres pour construire des autoroutes. Essentiellement, sans cette intention préliminaire ou subsidiaire d'éteindre les droits au moyen d'une prise de possession, il est peu probable que le consentement susmentionné visé par l'article 35 comporte l'intention d'éteindre les droits. Au contraire, comme je l'ai mentionné précédemment, le gouvernement fédéral ne fait souvent qu'acquiescer à l'intention manifestée par une province. Comme l'intimé le soutient, il appartient cependant à la Couronne agissant à titre de gouvernement fédéral de décider en bout de ligne si un droit autochtone sera éteint.

[17] Examiner en premier lieu les intentions de la Couronne à titre de province est également censé en raison du fait qu'on commence l'analyse en vérifiant ce que le preneur veut avant de vérifier ce à quoi le gouvernement fédéral a consenti dans son décret et ses lettres patentes. Examiner en premier lieu les intentions de la Couronne fédérale revient, dans les faits, à étudier la réponse fédérale sans tenir compte de ce que la question provinciale était. Cela est particulièrement risqué dans les cas où, comme dans la présente affaire, aucune lettre patente n'existe pour indiquer plus

[18] Whatever the Crown's intent, as expressed by both the federal and provincial governments, it will be discernible using principles of interpretation for legislative intent and special principles relevant when Native interests are involved. Two of these latter principles, cited in *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (B.C.C.A.), were promoted by counsel. The first states that, where two interpretations can be reasonably sustained, the one which impairs Native rights least is to be preferred. The second holds that any ambiguous words must be construed in a way favourable to Native interests. A third principle relied on by counsel recognizes a need to interpret narrowly provisions aimed at limiting or abrogating Native rights: *Mitchell v. Peguis Indian Band*, [1990] 2 S.C.R. 85. As a final guidepost, counsel submits that a liberal interpretation be given to the terms of the *Indian Act* and the old *Indian Act*, as required by section 12 of the *Interpretation Act*, R.S.C., 1985, c. I-21, in order to ensure the attainment of its objects.

[19] If the federal Crown does not display a plain and clear intention in favour of extinguishment then nothing has been extinguished. In this case, one must ascertain the nature of the interest taken through the three factors enumerated in *Canadian Pacific Ltd. v. Paul*, [1988] 2 S.C.R. 654 (hereinafter *Paul*). As Décaré J.A. wrote in *CP, supra* [at paragraph 32, page 662]:

In order to determine the nature and extent of a railway company's interest in reserve lands-and, by the same token, the nature and extent of what was taken away from a band-resort must be had "to the language of the statutes, to any agreements between the original parties and to subsequent actions and declarations of the parties" (*Canadian Pacific Ltd. v. Paul, supra*, para. 25 . . . at 665).

[20] Both parties, in their submissions, infused into one analysis the test for extinguishment and certain parts of the test used in *Paul*. It is clear, however, that

précisément l'essentiel de la réponse fédérale ou mettre en évidence l'intention qui la sous-tend.

[18] Quelle que soit l'intention de la Couronne exprimée par les gouvernements fédéral et provincial, cette intention peut être décelée au moyen de l'utilisation des principes d'interprétation de l'intention du législateur et des principes spéciaux pertinents en matière de droits autochtones. Deux de ces derniers principes, cités dans l'arrêt *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* (1999), 172 D.L.R. (4th) 589 (C.A.C.-B.), ont été invoqués par l'avocat de l'intimé. Le premier principe veut que lorsqu'il y a deux interprétations raisonnables possibles, il faut favoriser celle qui porte le moins atteinte aux droits autochtones. Le deuxième principe veut que tout terme ambigu soit interprété d'une manière favorable aux droits des Autochtones. Selon un troisième principe invoqué par l'avocat de l'intimé, il faut interpréter restrictivement les dispositions visant à limiter ou à abroger des droits autochtones; *Mitchell c. Bande indienne Peguis*, [1990] 2 R.C.S. 85. L'avocat soutient que, en tant que dernier principe directeur, une interprétation libérale doit être donnée aux dispositions de la *Loi sur les Indiens* et de l'ancienne *Loi sur les Indiens*, comme l'exige l'article 12 de la *Loi d'interprétation*, L.R.C. (1985), ch. I-21, pour que les objets de ces lois soient réalisés.

[19] Si la Couronne fédérale ne démontre pas une intention claire et expresse en faveur de l'extinction, il s'ensuit qu'aucun droit n'est éteint. En l'espèce, il faut déterminer la nature du droit retiré à la lumière des trois facteurs énoncés dans l'arrêt *Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, [1988] 2 R.C.S. 654 (ci-après *Paul*). Comme le juge Décaré l'a écrit dans l'arrêt *CP*, précité [au paragraphe 32, page 662]:

Afin de déterminer la nature et l'étendue du droit d'une compagnie de chemin de fer sur les terres des réserves-et, de la même façon, la nature et l'étendue de ce qui a été retiré à une bande-, il faut examiner «le texte des lois, toutes les ententes conclues entre les parties initiales, ainsi que les actions et déclarations subséquentes des parties» (*Canadien Pacifique Ltée c. Paul*, précité, au par. 25 [. . .] 665).

[20] Dans le cadre de leurs arguments, les deux parties ont fondu en une analyse le critère relatif à l'extinction et certaines parties du critère utilisé dans

the two tests are to be applied separately, in two distinct circumstances. The only exception to this rule, as noted by Décary J.A. in *CP*, applies when a band is involved in the negotiations to take land, that which both parties were at pains to point out, did not happen in this case.

[21] In respect of the test for extinguishment, the most significant signal of provincial intentions can be found in the old *Highway Act*. Subsection 8(1) sets out the appropriate provincial Minister's power to take lands:

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 . . . 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 . . .

[22] The respondent submits that the word "land", as used in subsection 8(1) of the old *Highway Act*, could include many interests in land short of the fee simple. It submits, therefore, that the exact nature of the interest intended to be taken in the present case cannot be plain and clear. The respondent, for this position, relies on the definition of land as found in section 2 of the old *Highway Act* and subsection 24(20) of B.C.'s old *Interpretation Act*. These provisions read, respectively:

2. In this Act, unless the context otherwise requires:—

"Land" includes all lands of every tenure and description whatsoever, including foreshore and lands covered with water, within the Province, and including lands granted by the Dominion to any person:

24. In every Act of the Legislature, unless the context otherwise requires: —

l'arrêt *Paul*. Il est toutefois clair que les deux critères doivent être appliqués séparément, dans deux contextes distincts. Comme l'a souligné le juge Décary dans l'arrêt *CP*, la seule exception à cette règle survient lorsqu'une bande participe à des négociations en matière de prise de possession de terres, ce qui ne s'est pas produit en l'espèce selon les arguments insistants des deux parties.

[21] En ce qui a trait au critère relatif à l'extinction, l'indication la plus importante des intentions provinciales se trouve dans l'ancienne *Highway Act*. Le paragraphe 8(1) confère au ministre provincial approprié le pouvoir de prendre possession de terrains et d'immeubles:

[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 [. . .] 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 [. . .]

[22] L'intimé soutient que le mot «terrain», utilisé au paragraphe 8(1) de l'ancienne *Highway Act*, pouvait viser plusieurs droits dans un terrain autres que la pleine propriété. Il soutient donc que la nature exacte du droit dont le retrait est visé dans la présente affaire ne peut pas être claire et expresse. À l'appui de ces arguments, l'intimé invoque la définition de terrain et d'immeuble qui figuraient à l'article 2 de l'ancienne *Highway Act* et au paragraphe 24(20) de l'ancienne *Interpretation Act* de la Colombie-Britannique. Ces dispositions prévoyaient, respectivement:

[TRADUCTION]

2. Dans la présente loi, sauf indication contraire du contexte:—

«Terrain» comprend les terres de toute tenure et de toute description, notamment la batture et les terres recouvertes d'eau dans la Province ainsi que les terres attribuées par le Dominion à toute personne:

24. Dans toute loi de la législature, sauf indication contraire du contexte:—

...

(20) "Land" includes all messuages, tenements, and hereditaments, houses and buildings of any tenure, unless where there are words to exclude houses and buildings, or to restrict the meaning to tenements of some particular tenure:

[23] Though the respondent is correct that, standing alone, subsection 8(1) does not clearly indicate the interest at stake, sections 5 and 9 of the old *Highway Act* specify what is to be lost by those owning or occupying taken lands and what is to be gained or vested in the province on taking:

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.

For lands taken in order to make a highway, there can be no ambiguity with regard to the meaning of the word "land". It is the absolute or fee simple interest in the land. No other interpretation can be reasonably sustained, even by interpreting sections 5, 8 and 9 as narrowly as possible.

[24] Section 11 of the old *Highway Act*, by not providing for any restrictions on the alienation of taken lands, also helps to strip away any ambiguity *vis-à-vis* what section 8 empowers the provincial government to take. Section 11 provides:

11. 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, under the authority of the Lieutenant-Governor in Council, be transferred to, and shall thereafter become the property of, the owner of the

[. . .]

(20) «Immeuble» comprend les terres, les tènements et héritages ainsi que les maisons et constructions de toute tenure, sauf en présence de termes excluant les maisons et les constructions ou restreignant la signification aux tènements d'une tenure particulière:

[23] Bien que l'intimé ait raison de dire qu'à lui seul, le paragraphe 8(1) n'indique pas clairement le droit en cause, les articles 5 et 9 de l'ancienne *Highway Act* précisent les droits perdus par les propriétaires et les occupants des terrains et des immeubles faisant l'objet de la prise de possession ainsi que les droits obtenus par la province lors de la prise de possession:

[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 [l'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.

En ce qui a trait aux étendues de terres prises en vue de la construction d'une route, il ne peut y avoir aucune ambiguïté relativement au sens du mot «terrain». Il s'agit de la pleine propriété ou de la propriété absolue du terrain. Il n'existe aucune autre interprétation raisonnable, même si les articles 5, 8 et 9 sont interprétés aussi restrictivement que possible.

[24] En ne prévoyant aucune restriction sur l'aliénation des terrains ayant fait l'objet d'une prise de possession, l'article 11 de l'ancienne *Highway Act* contribue également à écarter toute ambiguïté relativement à ce que l'article 8 permettait au gouvernement provincial de prendre. L'article 11 prévoyait:

[TRADUCTION]

11. 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, en vertu du pouvoir conféré au lieutenant-gouverneur en conseil, être cédées en propriété au propriétaire du terrain dont elles faisaient originalement partie ou

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.

Linked with the other provisions, section 11 makes plain and clear the province's intention to extinguish all interests and to transfer to itself the fee simple in lands taken for highway purposes.

[25] Turning to the 1956 order in council we may begin ascertaining the intentions of the federal Crown. The respondent submits that nothing in it conclusively points to the exact interest transferred by the federal government. In light of the clarity with which the old *Highway Act* highlights the intentions of the province to transfer the fee simple, however, the relevant question is whether the order contains anything to detract from this clarity. As the appellant submits, there is nothing.

[26] Neither the use of the words "take" nor "lands" in the order can serve to cast a cloud on provincial intentions. Nor does their use promote ambiguity in light of the old *Highway Act*. In addition, the expression of the term "right of way" is meant merely to point to the corridor rather than to describe the nature of any legal interest transferred; *CP, supra*, at paragraph 46 [pages 667-668] and *Canadian Pacific Ltd., supra*, at paragraph 22 [pages 351-352]. This is so despite the fact that the term "right of way" is used once in the order to describe the nature of a legal interest in land. The context for this use of the term was to describe the easement granted to the British Columbia Electric Company Limited and is irrelevant to the term's definition when the term is used in the context of the corridor lands; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3rd ed., Toronto: Butterworths, 1994, at pages 163-168). The term "right of way" does not, therefore, give rise to any ambiguity. Nor is the purpose of the taking, when mentioned in the order in council's recital, anything other than a neutral factor; *CP*, at paragraph 18 [page 659].

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 publique 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.

Conjointement aux autres dispositions, l'article 11 rend claire et expresse l'intention de la province d'éteindre tout droit et de se transférer la pleine propriété relativement aux terrains pris en possession pour les fins d'une route.

[25] Quant au décret de 1956, nous pouvons commencer à cerner les intentions de la Couronne fédérale. L'intimé soutient que ce décret ne contient rien qui indique de façon concluante le droit exact cédé par le gouvernement fédéral. Vu la clarté avec laquelle l'ancienne *Highway Act* mettait en évidence l'intention de la province quant au transfert de la pleine propriété, toutefois, la question pertinente est de savoir si le décret contient quelque élément faisant douter de cette intention. Comme l'appelante l'indique, il n'y en a pas.

[26] L'utilisation des termes «prise de possession» et «terres» dans le décret ne peut pas être invoqué pour faire douter des intentions provinciales. Cette utilisation ne crée pas d'ambiguïté à la lumière de l'ancienne *Highway Act*. En outre, la présence de l'expression «droit de passage» ne vise qu'à indiquer le corridor plutôt qu'à décrire la nature de quelque droit cédé; *CP*, précité, au paragraphe 46 [pages 667 et 668], et *Canadien Pacifique Ltée*, précité, au paragraphe 22 [pages 351 et 352]. Il en est ainsi malgré le fait que l'expression «droit de passage» soit utilisée une fois dans le décret pour décrire la nature d'un droit dans les terres. Cette expression a été utilisée dans le contexte de la description de la servitude octroyée à British Columbia Electric Company Limited, et cette utilisation n'est pas pertinente quant à la définition de cette expression lorsque celle-ci est utilisée dans le contexte des terres du corridor; (Ruth Sullivan, *Driedger on the Construction of Statutes*, 3<sup>e</sup> éd., Toronto: Butterworths, 1994, aux pages 163 à 168). L'expression «droit de passage» ne donne donc pas lieu à une ambiguïté. Le but visé par la prise de possession, mentionné dans les attendus du décret,



[27] Another ingredient in the 1956 order which bears on the intentions of the federal government is the transfer to the province of the corridor's "administration and control". The respondent did not dispute the appellant's use of Madam Justice Newbury's analysis, in *Osoyoos*, at paragraph 105 [pages 635-636], in support of its contention that the presence of the phrase indicates a transfer of title. In the *Osoyoos* decision of the British Columbia Court of Appeal, Justices Newbury and Prowse are reported at pages 635 *et seq.* as holding:

... the answer to this question is clear: the Order in Council did not grant only a right of way to the Province; it granted exclusive rights of enjoyment and possession that are inconsistent with the lands continuing to be held by Her Majesty in right of Canada "for the use and benefit of [the] Band". The Order referred to "the taking of the said lands", not simply the right to use or pass over the said lands; there was no indication the Province was acquiring anything other than exclusive rights (whether in fee simple or until the lands cease to be used for irrigation purposes need not be decided); and the Order transferred "administration and control" of the lands to the Province—wording that is surely inconsistent with lands continuing to be held "for the benefit of" the Band. As the Chambers judge noted, the phraseology of "administration and control" is customarily used in place of a conveyance of title between the Crown Provincial and the Crown Federal, because of the indivisibility of the Crown. He cites Paul Lordon, who in *Crown Law* (1991) states:

"A transfer of property between the federal government and a province is not done by ordinary conveyance, because of the principle of indivisibility of the Crown. Her Majesty is the owner of the property whether in right of Canada or the province and cannot grant to Herself. Only administrative control of the property passes. The transfer is, therefore, made by reciprocal Orders in Council and is confirmed by statute where third party rights are involved." [At 283, para. 4.6.1, cited by the Chambers judge at para. 4 of his reasons.]

Although the majority of that Court of Appeal in *Osoyoos* wrote with apparent self-assurance, the judgment cannot be accepted as being definitive. On April 20, 2000, the Supreme Court of Canada without reasons (as is usual) granted leave to appeal. The

ne constitue pas non plus autre chose qu'un facteur neutre; *CP*, au paragraphe 18 [page 659].

[27] Un autre élément du décret de 1956 qui est indicatif des intentions du gouvernement fédéral est le transfert à la province de «l'administration et du contrôle» du corridor. L'intimé n'a pas contesté l'utilisation faite par l'appelante de l'analyse du juge Newbury dans *Osoyoos*, au paragraphe 105 [pages 635 et 636], à l'appui de sa prétention que la présence de cette expression indique un transfert de titre. Dans la décision rendue par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans *Osoyoos*, les juges Newbury et Prowse ont conclu, aux pages 635 et suivantes:

[TRADUCTION] [. . .] la réponse à cette question est claire: le décret n'a pas conféré uniquement un droit de passage à la Province; il a conféré des droits exclusifs de jouissance et de possession qui contredisent le fait que les terres auraient continué à être détenues par Sa Majesté du chef du Canada «pour l'usage et au profit [de la] bande». Le décret mentionnait «la prise de possession desdites terres», et non pas simplement le droit d'utiliser ces terres ou d'y passer; rien n'indiquait que la Province acquerrait autre chose que des droits exclusifs (il n'y a pas lieu de trancher la question de savoir s'il s'agissait de la pleine propriété ou de droits durant jusqu'à ce que les terres cessent d'être utilisées à des fins d'irrigation); et le décret cédait «l'administration et le contrôle» des terres à la Province—libellé qui contredit certainement le fait que les terres auraient continué d'être détenues «au profit» de la bande. Comme le juge en chambre l'a souligné, l'expression «l'administration et le contrôle» est habituellement utilisée au lieu d'une expression ayant trait au transfert de propriété entre la Couronne provinciale et la Couronne fédérale en raison de l'indivisibilité de la Couronne. Il cite Paul Lordon, qui, dans *Crown Law* (1991) déclare:

«Un transfert de propriété entre le gouvernement fédéral et une province n'est pas faite par transfert ordinaire en raison de l'indivisibilité de la Couronne. Sa Majesté est propriétaire des biens, que ce soit du chef du Canada ou du chef de la province, et elle ne peut pas se céder la propriété à elle-même. Seul le contrôle administratif des biens est transféré. Le transfert est donc fait par décrets réciproques, et il est confirmé par une loi lorsque des tiers sont en cause.» [À la page 283, par. 4.6.1, cité par le juge en chambre au par. 4 de ses motifs.]

Bien que les juges majoritaires de cette Cour d'appel se soient apparemment exprimés avec beaucoup d'assurance dans l'arrêt *Osoyoos*, celui-ci ne peut pas être accepté comme étant définitif. Le 20 avril 2000, la Cour suprême du Canada a accordé l'autorisation

result is not yet known. This Court notes the D.L.R. *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)* case *supra*, paragraph 18 (at page 635) and agrees that, in the circumstances, the phrase is expressed likely in light of the indivisibility of the Crown, to indicate a shifting of title from the realm of federal responsibility to that of a province, but a conclusive answer will undoubtedly be promulgated by the Supreme Court in due course.

[28] The reservation of mining and mineral rights contained in the order is another significant factor to consider. One may sever, as the Department of Indian Affairs did for many years, mineral rights from surface rights when allowing the latter to be taken; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344. Such a severing implies, as in *CP, supra*, that the federal government intended to transfer absolute ownership of the surface rights to the province. Of lesser consequence is the lump sum payment made by the province to the Band at the time of the taking, though, even this implies, albeit not so very weakly, that absolute ownership was transferred.

[29] On consideration of all the relevant factors, it is plain and clear that the Crown in right of B.C. intended to acquire the fee simple in the corridor lands. More importantly, however, it is plain and clear, from a reading of the 1956 order, that what the province sought to acquire the Crown *qua* federal government consented to transfer, excepting the mineral and mining rights to the lands in question. In 1956, therefore, the province was given no less than absolute title to the surface of the land. The board's conclusion to the contrary must be seen as an error. As the land also cannot be considered to have been set aside for the use and benefit of the Band, an issue which is discussed below, the land cannot be considered in the reserve. This is despite the most generous ambit which one might possibly give to the term "reserve" as defined in the *Indian Act*.

d'interjeter appel sans prononcer de motifs (ce qui est habituel). L'issue n'est pas encore connue. La Cour note l'arrêt, publié dans les D.L.R., *Osoyoos Indian Band v. Oliver (Town)*, précité, paragraphe 18 (à la page 635), et convient que, dans les circonstances, l'expression est vraisemblablement utilisée à la lumière de l'indivisibilité de la Couronne pour indiquer le passage du titre du domaine de la responsabilité fédérale à celui d'une province, mais une réponse définitive sera sans aucun doute fournie par la Cour suprême en temps opportun.

[28] La réserve des droits miniers contenue dans le décret est un autre facteur important à examiner. On peut séparer, comme le ministère des Affaires indiennes l'a fait pendant de nombreuses années, les droits miniers des droits de superficie lorsqu'on permet la prise de ces derniers; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344. Une telle séparation signifie, comme dans l'arrêt *CP*, précité, que le gouvernement fédéral avait l'intention de céder la propriété absolue des droits de superficie à la province. Le paiement forfaitaire versé par la province à la bande au moment de la prise de possession a moins d'importance, bien que même cela laisse entendre assez clairement que la propriété absolue a été cédée.

[29] Il ressort manifestement de l'examen de l'ensemble des facteurs pertinents que la Couronne du chef de la Colombie-Britannique avait l'intention d'acquérir la pleine propriété des terres du corridor. Fait plus important, toutefois, il ressort manifestement de la lecture du décret de 1956 que la Couronne à titre de gouvernement fédéral a cédé ce que la province désire acquérir, à l'exception des droits miniers dans les terres en question. Par conséquent, la province a reçu en 1956 rien de moins que le titre absolu relativement au droit de superficie des terres. La conclusion contraire de la commission doit être considérée comme une erreur. Étant donné que les terres ne peuvent pas être considérées comme ayant été mises de côté pour l'usage et au profit de la bande, question qui est abordée plus loin, elles ne peuvent pas être considérées comme situées dans la réserve. Il en est ainsi malgré la portée la plus généreuse que l'on

[30] The respondent submits that the fee simple in the corridor lands was not required by the province and, therefore, one cannot assume that the federal Crown, as a fiduciary of natives, would have allowed B.C. to take it. This follows the oft-repeated principle of minimal impairment for which counsel relied on *Semiahmoo Indian Band v. Canada*, [1998] 1 F.C. 3 (C.A.). The 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.

[31] Supposing that the provincial government merely received some sort of statutory easement to, and not the fee simple in, the corridor lands, did the Band retain an interest in the lands sufficient to enable it to tax the lands' use? One needs only to consider, pursuant to the test in *Paul, supra*, the actions of the Band since the taking in addition to those factors mentioned above, in order to conclude that the Band did not retain such a sufficient interest.

[32] As the appellant asserts and the respondent admits, the Band has never exercised, since 1956, its powers in respect of roads, conferred on it by paragraphs 81(1)(b) and (f) of the *Indian Act*, to manage and maintain not only the corridor's paved highway but the buffer zone surrounding it (transcript: pages 114 and 117 respectively). Nor was there evidence adduced to show that any of the other powers granted to bands under the *Indian Act* have been exercised in the corridor. Added to the fact that the Band approved a valuation of the land and accepted \$5,282 in payment for it, this lack of governance implies that the Band has understood from the very beginning that it would not have the use and benefit of the lands in question. Because the province has title to the lands, one cannot, therefore, consider them to be in the reserve.

puisse donner au mot «réservé» qui est défini dans la *Loi sur les Indiens*.

[30] L'intimé soutient que la pleine propriété des terres du corridor n'était pas exigée par la province, de sorte qu'on ne peut pas présumer que la Couronne fédérale, en tant que fiduciaire des Autochtones, aurait permis à la Colombie-Britannique de les prendre. Cela est conforme au principe, souvent répété, de l'atteinte minimale, pour lequel l'avocat a invoqué l'arrêt *Bande indienne de Semiahmoo c. Canada*, [1998] 1 C.F. 3 (C.A.). La 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.

[31] À supposer que le gouvernement provincial n'ait reçu qu'une forme de servitude légale, et non pas la pleine propriété, dans les terres du corridor, la bande a-t-elle conservé un droit suffisant dans les terres lui permettant de taxer leur utilisation? Il suffit d'examiner, conformément au critère de l'arrêt *Paul*, précité, les actes de la bande depuis la prise de possession en plus des facteurs susmentionnés pour conclure que la bande n'a pas conservé un droit suffisant.

[32] Comme l'appelante l'affirme et l'intimé l'admet, la bande n'a jamais exercé, depuis 1956, les pouvoirs en matière de routes que lui confèrent les alinéas 81(1)(b) et f) de la *Loi sur les Indiens* pour gérer et entretenir, non seulement l'autoroute asphaltée se trouvant dans le corridor, mais aussi la zone tampon entourant cette dernière (transcription: pages 114 et 117 respectivement). Il n'y a pas eu non plus d'éléments de preuve présentés en vue de démontrer que les autres pouvoirs conférés aux bandes par la *Loi sur les Indiens* ont été exercés dans le corridor. Ajoutée au fait que la bande a approuvé l'évaluation des terres et qu'elle a accepté un paiement de 5 282 \$ en contrepartie de ces dernières, cette absence d'acte de gouvernement indique que la bande a compris dès le début qu'elle n'avait pas l'usage et le profit des terres en question. Puisque la province détient le titre relatif aux terres, on ne peut pas considérer ces dernières comme faisant partie de la réserve.

[33] This is not a case of powerful, unscrupulous Euro-Canadians employing slick language to take unconscionable advantage of Aboriginals. One must make sure that the Aboriginal parties quite understand what was happening to their interests in the transaction, and in the land, of course. Now, the year is 2000 and Aboriginals and Euros (*inter alia*) have been dealing with each other for over two centuries. Here the dealings appear to have been on a government-to-government basis, as revealed by the November 1956, Order in Council, P.C. 1956-1659; Appeal Book, at page 021:

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: [Emphasis added.]

This Court would not wish to seem to be a slick trickster, in pointing out that the expressions “full payment”, “approved by the Band Council”, “pursuant to section 35”, “consent to the taking of the said lands”, and “to transfer the administration and control thereof” all point to clear extinguishment of Aboriginal rights in the province’s favour. It is impossible to believe that the Aboriginal parties were in any way deceived or misled, or that anyone attempted to do that.

[34] Though neither party raised the point, the above conclusion is supported indirectly by Décaré J.A., in *CP*, at paragraphs 40 to 52 [pages 666-669], who found that lands being used for railway purposes could not be considered to be for the use and benefit of the Matsqui Band. Three paragraphs of the learned

[33] Il ne s’agit pas d’un cas où des Euro-Canadiens puissants et sans scrupules ont utilisé des termes trompeurs pour profiter des Autochtones. Il faut s’assurer que les parties autochtones comprenaient ce qui advenait de leurs droits dans l’opération et dans les terres, naturellement. Nous sommes maintenant en l’an 2000 et les Autochtones et les Euro-Canadiens (notamment) traitent les uns avec les autres depuis plus de deux cents ans. En l’espèce, il paraît que l’opération ait eu lieu de gouvernement à gouvernement, comme le révèle le décret de novembre 1956, C.P. 1956-1659; dossier d’appel, à la page 021:

[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: [Non souligné dans l’original.]

La Cour ne veut pas avoir l’air de jouer avec les mots, mais elle souligne que les expressions «paiement complet», «approuvée par le Conseil de la bande», «en application de l’article 35», «consentir à la prise de possession desdites terres» et «d’en céder l’administration et le contrôle» indiquent toutes clairement l’extinction des droits autochtones en faveur de la province. Il est impossible de croire que les parties autochtones aient été trompées ou induites en erreur de quelque manière ou que quelqu’un ait tenté de le faire.

[34] Bien qu’aucune partie n’ait soulevé cet élément, la conclusion susmentionnée est appuyée indirectement par le juge Décaré, J.C.A. dans l’arrêt *CP*, aux paragraphes 40 à 52 [pages 666 à 669], qui a conclu que les terres utilisées pour les fins d’un chemin de fer ne pouvaient pas être considérées comme étant pour

Justice's reasons in particular are of interest here [paragraphs 48, 51-52, pages 668-669]:

The fact that the Crown relied on s. 35 of the *Indian Act* ("lands taken for public purposes") rather than s. 28 ("possession of lands in reserve" through the issuance of a permit to occupy or use) [was used] also supports a finding that what was being considered by the Crown, by the Band and by CN was much more in the nature of a sale than in the nature of an easement. The recent decision of the Supreme Court of Canada in *Opetchesaht Indian Band*, (*supra*, para. 25) provides a useful analysis of the different purposes of sections 35 and 28.

. . .

The ruling in *Opetchesaht Indian Band* is a clear illustration, in my view, of the different status that must be recognized in law to "rights of way" which require the exclusive right to use and occupy reserve lands, such as railways, and to "rights of way" where the exclusive use of the lands is not required, such as utilities. In the instant case, the right of way is clearly of the first category.

I am therefore satisfied that the Matsqui Band, in surrendering Parcel 1, fully understood that it would no longer use and occupy that portion of its Reserve.

This Court is of the opinion that statutory easements granted under section 35 of the old *Indian Act* for the purposes of a provincial highway require the exclusive right to use and occupy both the land over which the highway is paved and the surrounding buffer zone. As such, it cannot now be held that the Aboriginal peoples of Seabird Island Reserve expected to be able to use and benefit from the corridor once taken.

[35] Counsel for the respondent argued at the hearing that, if the province took anything less than an absolute interest in the corridor lands, then they could be considered designated lands. Being designated lands, he concluded, they would be in the reserve and, therefore, liable to taxation. As Robertson J.A. wrote, however, in *Canadian Pacific Ltd.*, at paragraph 95 [pages 375-376]:

l'usage et au profit de la bande de Matsqui. Les trois paragraphes suivants des motifs du juge sont particulièrement pertinents en l'espèce [paragraphes 48, 51 et 52, pages 668 et 669]:

Le fait que la Couronne ait eu recours à l'art. 35 de la *Loi sur les Indiens* («des terres prises pour cause d'utilité publique») plutôt qu'à l'art. 28 («possession de terres dans la réserve») au moyen de la délivrance d'un permis d'occuper ou d'utiliser) appuie également la conclusion que ce qui était envisagé par la Couronne, par la bande et par le CN participait davantage de la nature d'une vente que de la nature d'une servitude. La décision récente de la Cour suprême du Canada dans *Bande indienne des Opetchesaht* (précité au par. 25) fournit une analyse utile des différents buts poursuivis par les articles 35 et 28.

[. . .]

La décision dans l'arrêt *Bande indienne des Opetchesaht* illustre clairement, à mon avis, les statuts différents qui doivent être reconnus en droit aux «droits de passage» qui exigent le droit exclusif d'utiliser et d'occuper les terres des réserves, par exemple pour les chemins de fer, et les «droits de passage» où l'usage exclusif des terres n'est pas exigé, par exemple pour les services d'utilité publique. En l'espèce, le droit de passage appartient manifestement à la première catégorie.

Je suis donc convaincu que la bande de Matsqui, en cédant la parcelle 1, comprenait pleinement qu'elle ne pourrait plus utiliser et occuper cette partie de sa réserve.

La Cour est d'avis que les servitudes conférées par l'article 35 de l'ancienne *Loi sur les Indiens* pour les fins d'une route provinciale requièrent le droit exclusif d'utiliser et d'occuper tant les terres sur lesquelles la route est construite que la zone tampon entourant cette dernière. En conséquence, on ne peut pas maintenant conclure que les peuples autochtones de la réserve de Seabird Island s'attendaient à pouvoir utiliser le corridor et à en profiter une fois que celui-ci serait pris.

[35] L'avocat de l'intimé a prétendu à l'audience que si la province prenait moins qu'un droit absolu dans les terres du corridor, celles-ci pouvaient être considérées comme des terres désignées. Il a conclu qu'en tant que terres désignées, celles-ci feraient partie de la réserve et qu'elles seraient donc assujetties à la taxation. Toutefois, comme le juge Robertson, J.C.A., l'a écrit dans *Canadien Pacifique Ltée*, au paragraphe 95 [page 376]:

Second, the term “otherwise than absolutely” in the definition of “designated lands” applies only where there has been a surrender of reserve lands.

The present appeal involving a taking of land, and not a surrender, this Court will not enter into a discussion on the issue of designated lands.

[36] The respondent submits that, if the corridor were removed from the reserve, then it should revert back to the Band on ceasing to be used for road purposes. There are two problems with this submission. First, as counsel for the respondent allowed, the Lougheed Highway continues to be used as a highway. Nor is there evidence that the part of the corridor which is bare of asphalt, gravel, signage or drainage is not being used for road purposes. After all, the open ground extending 18’ from each drainage ditch to the edges of the corridor is a buffer, providing space for branches at the edge of the corridor to fall other than on the road. This is only one of the road purposes, however, for which the land in question may be used. It also allows for greater visibility of other drivers and space for maintenance and police vehicles to station themselves and their equipment. In addition, the space would be required were the highway ever widened. The submission is speculative and moot.

[37] Neither is it clear to this Court how the hanging of a 3cm diameter fibre optic cable precludes the land over which it is strung from being used for any of the road purposes noted above. That today’s director of highways in B.C. will approve the installation of cables, in fact, is clear evidence to the contrary. That such installations were compatible with road purposes back in 1956 is supported by a reading of section 14 of the old *Highway Act*, which provides:

14. Where any structure, that is to say, any ditch, flume, pipe, pole-line, wire, cable, . . . exists or is constructed, erected, or maintained across, along, or through any highway in unorganized territory . . . and where the Minister is of the opinion that the structure is unsafe and that it is

Deuxièmement, l’expression «autrement qu’à titre absolu» figurant dans la définition des «terres désignées s’applique uniquement lorsqu’il y a eu cession des terres de réserve.

Le présent appel portant sur la prise de possession, et non sur la cession, de terres, la Cour n’abordera pas la question des terres désignées.

[36] L’intimé soutient que si le corridor a été retiré de la réserve, il devrait revenir à la bande dès qu’il cesse d’être utilisé pour les fins d’une route. Cet argument soulève deux difficultés. En premier lieu, comme l’avocat de l’intimé l’a admis, l’autoroute Lougheed est toujours utilisée en tant que route. Il n’y a pas non plus d’élément de preuve indiquant que la partie du corridor qui est dénuée d’asphalte, de gravier, de signalisation et de drainage n’est pas utilisée pour les fins d’une route. Après tout, l’espace libre de 18 pieds situé entre chaque fossé de drainage et le bord du corridor est une zone tampon qui fournit un espace permettant aux branches se trouvant au bord du corridor de tomber ailleurs que sur la route. Il ne s’agit toutefois que de l’une des fins de la route pour lesquelles les terres en question peuvent être utilisées. Cette partie du corridor permet également aux automobilistes de mieux voir les autres conducteurs et fournit une place de stationnement pour les véhicules d’entretien et de police ainsi que pour leur équipement. En outre, cet espace serait requis si l’autoroute était élargie. Cet argument est hypothétique et sans objet.

[37] La Cour ne voit pas clairement non plus comment la suspension d’un câble de fibre optique de 3 centimètres de diamètre empêche l’utilisation des terres au-dessus desquelles il est fixé à l’une des fins susmentionnées. Le fait que le directeur actuel de la voirie en Colombie-Britannique approuve l’installation de câbles constitue en réalité une preuve contraire manifeste. Le fait qu’une telle installation était compatible avec les fins d’une route en 1956 est étayé par le libellé de l’article 14 de l’ancienne *Highway Act*, qui prévoyait:

[TRADUCTION]

14. Lorsqu’une structure, soit un fossé, un ravin, un tuyau, une ligne de transmission, un fil, un câble, [. . .] existe ou est construite, érigée ou entretenue au-dessus, le long ou en-dessous d’une route dans un territoire non organisé [. . .] et lorsque le ministre est d’avis que la structure n’est pas

necessary or advisable for the protection of the highway or the safety of persons using the highway that the structure be repaired, . . . then, notwithstanding the provisions of any public or private Act . . . the Minister, . . . may cause the structure to be so repaired . . . .

In light of these findings, this Court considers the Board's conclusion that the corridor lands are not being used for road purposes as an error.

[38] The second reason why the respondent's submission must fail is that it is premised on the assumption that the province's title will revert back to the Band if ever the corridor ceases to be used for road purposes. The 1956 order in council, however, does not make the taking and transfer of the land contingent on its continued use for road purposes. As Mr. Justice Décary wrote in *CP*, at paragraph 18 [page 659] and as Mr. Justice Robertson wrote in *Canadian Pacific Ltd.*, at paragraph 99 [page 377], the presence of the phrase "for road purposes" in an instrument's recital does not render determinable a fee. The Board erred in making a finding to the contrary.

#### Conclusion

[39] The lands in and around the Lougheed Highway cannot be considered as being set aside for the use and benefit of the Seabird Island Band. Coupled with the fact that title in these lands resides in the Government of B.C., it leads ineluctably to the conclusion that they are not in the reserve. As such, the fibre optic cable, which is strung up on telephone poles located within the highway corridor, cannot be taxed by the Band.

[40] The appeal will be allowed with costs. The decision of the Seabird Island Indian Band Board of Review, dated August 4, 1998, is to be set aside, and quashed.

sécuritaire et qu'il est nécessaire ou souhaitable pour la protection de la route ou la sécurité des personnes l'utilisant que la structure soit réparée, [. . .] le ministre peut faire réparer la structure malgré les dispositions de toute loi d'intérêt public ou privé [. . .]

À la lumière de ces conclusions, la Cour considère comme une erreur la conclusion de la commission que les terres du corridor ne sont pas utilisées pour les fins d'une route.

[38] La deuxième raison pour laquelle l'argument de l'intimé ne peut pas être accepté est qu'il est fondé sur la supposition que le titre détenu par la province reviendra à la bande si le corridor cesse un jour d'être utilisé pour les fins d'une route. Le décret de 1956 ne rend toutefois pas la prise et le transfert des terres conditionnels à leur utilisation continue pour les fins d'une route. Comme le juge Décary l'a écrit dans *CP*, au paragraphe 18 [page 659], et comme le juge Robertson l'a écrit dans *Canadien Pacifique Ltée*, au paragraphe 99 [page 377], la présence de l'expression «pour les besoins d'une route» dans les attendus d'un texte de loi ne rend pas extinguable la pleine propriété. La commission a commis une erreur en tirant une conclusion contraire.

#### Conclusion

[39] Les terres qui soutiennent et entourent l'autoroute Lougheed ne peuvent pas être considérées comme ayant été mises de côté pour l'usage et au profit de la bande de Seabird Island. Vu aussi le fait que le titre relatif à ces terres est détenu par le gouvernement de la Colombie-Britannique, cela mène inéluctablement à la conclusion que celles-ci ne font pas partie de la réserve. En conséquence, le câble de fibre optique, qui est fixé aux poteaux téléphoniques situés dans le corridor de l'autoroute, ne peut pas être taxé par la bande.

[40] L'appel est accueilli avec dépens. La décision rendue le 4 août 1998 par la commission de révision de la bande indienne de Seabird Island est annulée.