

**Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T. Née, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace Ng, Irving Glassner, Noreen G. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith and Lily R. Eng** *Appellants/Respondents on cross-appeal*

v.

**Musqueam Indian Band, Chief Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay and Larry Grant** *Respondents/Appellants on cross-appeal*

and

**Her Majesty The Queen** *Respondent*

INDEXED AS: MUSQUEAM INDIAN BAND V. GLASS

**Neutral citation: 2000 SCC 52.**

File No.: 27154.

2000: June 12; 2000: November 9.

Present: McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour and LeBel **JJ**.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

*Indians — Reserve land — Leases — Interpretation — Meaning of phrase "current land value" used in leases for reserve land — Whether costs of servicing leased land to be deducted from "current land value".*

In 1960, the Musqueam Indian Band surrendered approximately 40 acres of reserve land to the Crown for the purposes of leasing. In 1965, the Crown entered into an agreement with a company unrelated to the Band. The company serviced and subdivided the land and the

**Charles H. Shnier, Elaine C. Shnier, Agnes P. C. Shen, Carol M. Lau, Dennis Lau, Marjorie McClelland, Arthur Nee, Laura T; Nee, Donald W. Scheideman, Kathryn M. Scheideman, William N. King, Allan J. Hunter, Grace K. Hunter, Grace Ng, Irving Glassner, Noreen G. Glassner, Priscilla Fratkin, Nancy B. Berner, Gregory Hryhorchuk, Darcy L. Hryhorchuk, Astley E. Smith, Betty Ann Smith et Lily R. Eng** *Appellants/Intimés au pourvoi incident*

c.

**Bande indienne de Musqueam, Chef Joseph Ralph Becker, Ernie Campbell, Wayne Sparrow, Leona M. Sparrow, Nolan Charles, Mary Charles, Johnna Crawford, Gail Y. Sparrow, Myrtle McKay et Larry Grant** *Intimés/Appellants au pourvoi incident*

et

**Sa Majesté la Reine** *Intimée*

RÉPERTORIÉ: BANDE INDIENNE DE MUSQUEAM C. GLASS

**Référence neutre: 2000 CSC 52.**

N° du greffe: 27154.

2000: 12 juin; 2000: 9 novembre.

Présents: Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Gonthier, Iacobucci, Major, Bastarache, Binnie, Arbour et LeBel.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

*Indiens — Terrains faisant partie d'une réserve — Baux — Interprétation — Signification de l'expression «valeur courante du terrain» utilisée dans des baux visant des terrains faisant partie d'une réserve — Les frais de viabilisation du terrain loué doivent-ils être déduits de la «valeur courante du terrain»?*

En 1960, la Bande indienne de Musqueam a cédé environ 40 acres de sa réserve à la Couronne aux fins de location. En 1965, la Couronne a conclu une entente avec une société non liée à la Bande. La société a viabilisé et loti le bien-fonds, et la Couronne lui a remis un

Crown provided the company with an individual lease for each lot. Each lease had a term of 99 years. In 1966 the company assigned the leases to individuals, who built houses on the lots. The rent for the first 30 years was specified in the leases. It was subject to review after the first 30 years, and every 20 years thereafter. The leases provided that the rent payable upon review would be fair rent for the land and indicated that an annual clear total rental representing 6 percent of the "current land value" should be regarded as "fair rent". When the rent first came up for review in 1995, the parties were unable to agree as to the meaning of "current land value" and whether the costs of servicing the lots should be deducted from the value of the land. The Band applied to the Federal Court, Trial Division for a determination of the fair rent payable upon review. The court held that the estate and tenure to be valued was a 99-year leasehold on reserve land and that "current land value" should be calculated as representing the hypothetical fee simple value of the land discounted by 50 percent to take into account the long-term leasehold interest and Indian reserve features. The court further held that the costs of servicing the lots should be deducted from the current land value. The Federal Court of Appeal reversed this decision and held that the current land value represented the fee simple value of the land without the 50 percent reduction on account of the Indian reserve features. The leaseholders were granted leave to appeal on the issue of the proper meaning of the phrase "current land value". The Band was granted leave to cross-appeal on the question of the deductibility of servicing costs.

*Held* (McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. dissenting on the appeal): The appeal should be allowed. The cross-appeal should be dismissed.

*Per* Gonthier, Major, Binnie and LeBel JJ.: In the absence of any contrary indications in the leases, the expression "current land value" in the rent review clause refers to the fee simple or freehold value as opposed to leasehold value of land located on the reserve. Although there is no such thing as freehold title on reserve, this hypothetical value can be assessed and can serve its function in the rent review calculation. The meanings of "land" and of "value" are well established in law. Unless the agreement states otherwise "land" refers to a right to receive a good title in fee simple. In real estate

bail pour, chaque lot Chaque bail avait un terme de 99 ans. En 1966, la société a cédé les baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Le loyer pour les 30 premières années était précisé dans les baux. Le loyer devait être révisé après les 30 premières années et tous les 20 ans par la suite. Les baux prévoyaient que le loyer payable après révision serait un juste loyer pour le terrain visé et indiquaient qu'un loyer annuel total net représentant 6 pour 100 de la «valeur courante du terrain» devait être considéré comme un «juste loyer». Au moment de la première révision du loyer en 1995, les parties ont été incapables de s'entendre sur le sens de l'expression «valeur courante du terrain» et sur la question de savoir si les frais de viabilisation des lots devaient être déduits de la valeur du terrain. La Bande a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de déterminer le juste loyer payable après révision. La cour a jugé que la tenure à bail à évaluer était une tenure à bail de 99 ans sur des terrains faisant partie de la réserve et que la «valeur courante du terrain» devait être considérée comme représentant la valeur hypothétique du terrain détenu en fief simple, réduite de 50 pour 100 pour tenir compte du droit de tenure à bail à long terme et du fait qu'il s'agissait d'une terre située dans une réserve. La cour a également conclu que les frais de viabilisation des lots devaient être déduits de la valeur courante du terrain. La Cour d'appel fédérale a infirmé cette décision et a conclu que la valeur courante du terrain était celle du terrain détenu en fief simple sans la réduction de 50 pour 100 appliquée pour tenir compte du fait qu'il s'agissait d'une terre située dans une réserve. Les preneurs à bail ont été autorisés à se pourvoir à l'égard de la question de savoir quel est le sens réel de l'expression «valeur courante du terrain». La Bande a pour sa part été autorisée à se pourvoir de façon incidente à l'égard de la question de la deductibility des frais de viabilisation.

*Arrêt* (le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour sont dissidents quant au pourvoi): Le pourvoi est accueilli. Le pourvoi incident est rejeté.

*Les juges* Gonthier, Major, Binnie et LeBel: En l'absence de toute indication contraire dans les baux, l'expression «valeur courante du terrain» mentionnée dans la clause de révision du loyer s'entend de la valeur du terrain en tant que propriété franche ou en fief simple dans la réserve, par opposition à sa valeur comme propriété à bail. Quoique le titre franc n'existe pas dans une réserve, cette valeur hypothétique peut être déterminée et utilisée dans le calcul de la révision du loyer. Le sens des mots «terrain» et «valeur» est bien établi en droit Sauf stipulation contraire de l'accord, le mot «terrain»

law, "value" generally means the fair market value of the land, which is based on what a seller and a buyer would pay for it on the open market. Market value generally is the exchange value of the land, rather than its use value to the lessee. Land is valued without regard to the tenant's interest in it, for the tenant's decision not to use the land for its highest use does not reduce the land's exchange value.

Valuing the Musqueam land at its freehold value is consistent with an interpretation of the leases that sees the rent review clause as an attempt to generate an annual fair market return on a capital asset. It does not follow that the freehold value of land outside the reserve should be used to determine the rent. The capital asset here is reserve land surrendered for leasing, not land surrendered for sale. Contrary to some other leases of reserve land, the Musqueam leases do not specify that off-reserve land values should be used in the rent review formula. The hypothetical used to establish market value in the absence of an actual market should reflect the land as it is in its actual circumstances and should not change the nature of the land appraised. Since it has chosen not to surrender the land for sale, the Band holds reserve land and must accept the realities of the market for this capital asset

The value of a hypothetical interest in fee simple ownership on the reserve must reflect the legal restrictions on land use, as opposed to restrictions found in the lease, and market conditions. Like municipal zoning, restrictions on land use imposed by a band can either increase or decrease land value depending on how the market responds to them. Since the legal environment on a reserve must be taken into account when appraising land value, fee simple off-reserve value cannot simply be transposed to the Musqueam lands. The hypothetical value of fee simple title on reserve land may be determined by adapting the off-reserve value to take into account the actual features of the land and of the market. The trial judge's finding of fact that the fee simple value of comparable lands off the reserve was \$600,000 on average and his determination that the Musqueam lands

s'entend du droit de recevoir un titre en fief simple valable. En droit immobilier, le mot «valeur» signifie généralement la juste valeur marchande du terrain, laquelle est fondée sur le prix dont un vendeur et un acheteur conviendraient pour le terrain sur un marché libre. La valeur marchande est généralement la valeur d'échange du terrain plutôt que sa valeur pour le preneur à bail au titre de l'usage. Le terrain est évalué sans égard à l'intérêt du preneur à bail dans celui-ci, car la décision du preneur à bail de ne pas en faire l'utilisation optimale n'est pas sa valeur d'échange.

Le fait d'évaluer les terrains de Musqueam selon leur valeur en tant que propriétés franches est conforme, à l'interprétation du bail voulant que la clause de révision du loyer vise à tirer un juste rendement annuel d'une immobilisation. Il ne s'ensuit pas que la valeur de terrains situés à l'extérieur de la réserve doit être utilisée pour déterminer le loyer. L'immobilisation en cause dans la présente affaire est constituée de terrains situés dans une réserve qui ont été cédés pour être loués et pour être vendus. Contrairement à certains autres baux portant sur des terrains situés dans une réserve, les baux de Musqueam ne précisent pas que la valeur de terrains situés hors de la réserve doit être utilisée dans la formule de révision du loyer. L'hypothèse utilisée pour établir la valeur marchande en l'absence d'un véritable marché devrait refléter la situation réelle du terrain et ne devrait pas changer la nature du terrain évalué. Étant donné que la bande a décidé de ne pas céder les terrains pour qu'ils soient vendus, elle détient des terrains situés dans une réserve et doit accepter les réalités du marché applicables à cette immobilisation.

La valeur d'un hypothétique intérêt de propriété en fief simple dans la réserve doit refléter et les restrictions légales en matière d'utilisation du territoire — par opposition aux restrictions prévues par le bail — et les conditions du marché. Tout comme les règlements de zonage des municipalités, les restrictions imposées par une bande en matière d'utilisation de son territoire peuvent faire augmenter ou diminuer la valeur des terrains selon la réaction du marché à l'égard de ces restrictions. Étant donné que le contexte juridique d'une réserve doit être pris en considération dans l'appréciation de la valeur de terres, la valeur des terrains hors réserve détenus en fief simple n'est tout simplement pas transposable aux terrains de Musqueam. La valeur hypothétique d'un titre en fief simple sur un terrain situé dans une réserve peut être déterminée en ajustant la valeur de terrains hors réserve pour tenir compte des caractéristiques réelles des terrains et du marché. La conclusion de fait du juge de première instance selon laquelle la valeur de terrains comparables détenus en fief simple et situés hors de la

were worth 50 percent less than the comparable off-reserve properties should be accepted.

In determining the "current land value", the leases require that one assume that the lands are "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement". On the basis of the plain meaning of the word "unimproved" and of its use in the leases, it is evident that "unimproved lands" means "unserviced" lands, not just lands without buildings. The costs of servicing the land should therefore be deducted from the value of the lots.

*Per Bastarache J.:* The phrase "current land value" should be interpreted as referring to the value of leasehold reserve land. This construction reflects the best description of what the land in fact is and is consistent with the parties' intentions. The location of the land and its status as reserve land has an important impact on its value and can either decrease or increase land value depending on how the market responds. The land to be valued in this case is land held under a long-term lease and should not be treated as land held in fee simple. A market value appraisal is a valuation of specified rights in the subject property, not the physical real estate. In the case of reserve lands, the highest form of individual property possible is not a fee simple but a long-term lease. The total value of the land consists therefore of the value of the lease and of the reversion. This does not pose a problem in this case because a long-term lease, in its first years, is equivalent in value to a fee simple.

The value of the land must reflect the legal restrictions on the land including the legal regime that affects the use of the land and the rights and privileges of the holders of the land. The power of the Band to modify unilaterally such restrictions by converting the lands to fee simple lands does not mean that while restrictions exist they can be ignored. It would be improper to hypothesize that such restrictions do not exist. Consequently, the valued land retains its character as land reserved for Indians and this status is relevant for the purposes of rent review.

réserve s'élevait en moyenne à 600 000 \$, ainsi que sa conclusion selon laquelle la valeur des terrains de Musqueam était inférieure de 50 pour 100 à celle des propriétés comparables hors de la réserve, doivent être acceptées.

Dans la détermination de la «valeur courante du terrain», les baux exigent que l'on présume que les terrains sont «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente». À la lumière du sens ordinaire du terme «non améliorés» et de son utilisation dans le bail, il est évident que l'expression «terrains non améliorés» s'entend de terrains «non viabilisés», et non pas seulement de terrains non bâtis. Les frais de viabilisation doivent donc être déduits de la valeur des lots.

*Le juge Bastarache:* L'expression «valeur courante du terrain» doit être interprétée comme faisant référence à la valeur des terrains en tant que propriétés à bail situées dans une réserve. Cette interprétation est la meilleure description de ce que sont les terrains dans les faits, en plus d'être conforme à l'intention des parties. L'emplacement des terrains et leur qualité de terrains situés dans une réserve ont une incidence importante sur leur valeur et peuvent la faire diminuer ou augmenter selon la réaction du marché à ces facteurs. Les terrains à évaluer en l'espèce sont des terrains détenus en vertu d'un bail à long terme, et ils ne doivent pas être traités comme des terrains détenus en fief simple. L'appréciation de la valeur marchande est l'évaluation de droits déterminés dans la propriété visée, et non du bien immeuble lui-même. Dans le cas des terrains situés dans une réserve, la forme de propriété individuelle la plus complète possible n'est pas le fief simple, mais le bail à long terme. La valeur totale des terrains consiste donc en la valeur du bail et de la réversion. Cela ne constitue pas un problème en l'espèce, parce que, au cours des premières années d'un bail à long terme, ceux-ci ont une valeur équivalente à celle d'un titre en fief simple.

La valeur des terrains doit refléter les restrictions légales auxquelles ils sont assujettis, notamment le régime juridique touchant leur utilisation ainsi que les droits et privilèges des détenteurs des terrains. Le pouvoir de la Bande de modifier unilatéralement ces restrictions en convertissant les terrains en propriétés détenues en fief simple ne signifie pas qu'il est possible de faire abstraction de ces restrictions pendant qu'elles existent. Il serait inapproprié de supposer que ces restrictions n'existent pas. Par conséquent, les terrains évalués conservent leur caractère de terres réservées aux Indiens, et cette qualité est pertinente pour la révision du loyer.

To construe "current land value" as referring to the value of the land as leased reserve land is consistent with the intention of the parties to the agreement. The parties intended that "current land value" be interpreted and guided by what the land in fact is, namely a leasehold interest in reserve land. This interpretation reflects an intention that the value of the lease follow the contemporary market for long-term leases of Indian reserve land. Comparisons with non-reserve values should only be used where clear language to that effect is adopted by the parties.

*Per McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. (dissenting on the appeal):* The expression "current land value" in the leases means the price a willing buyer would pay for fee simple title to the land. This construction is consistent with the plain meaning of the language used in the leases and common industry practice. It is also consistent with the widely accepted rationale for a rent review provision like the one at issue here and reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if the land were not subject to a long-term lease. Calculating fair market value requires determining the "highest and best use" for the land that is legally permissible, disregarding any restrictions imposed by the lease itself. The only impediment to the Band's selling its land is the leases themselves, whose restrictions should be disregarded. This removes the justification for discounting the value of the land. The fact that the Band has chosen not to sell its land cannot bear on the land's value. It follows that the "exchange value" of the land means what it could be sold for, not 50 percent of that amount. While in principle, fair market value must reflect legal restrictions on the land, the fact that land is part of a reserve is not a legal restriction within the ambit of this principle, which applies only to restrictions over which a landowner has little or no control.

The proposed 50 percent reduction for reserve related factors depends on the valuation of an interest that could simply never exist. Reserve land can be converted to fee simple only by surrender to the Crown. Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land. Because there is no such thing

Considérer que l'expression «valeur courante du terrain» s'entend de la valeur du terrain en tant que terrain loué situé dans la réserve est compatible avec l'intention des parties à l'entente. Les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» soit interprétée et déterminée en fonction de ce que le terrain est en réalité, savoir un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve. Cette interprétation reflète l'intention que la valeur du bail suive le marché contemporain de la location à long terme de terrains situés dans des réserves indiennes. Il ne faut recourir aux comparaisons avec la valeur de terrains hors réserve que dans les cas où les parties se sont clairement exprimées en ce sens.

*Le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour (dissidents quant au pourvoi):* L'expression «valeur courante du terrain» utilisée dans les baux s'entend du prix qu'un acheteur consentant paierait pour acquérir le titre en fief simple sur le terrain. Cette interprétation est compatible avec le sens ordinaire des termes utilisés dans les baux et avec la pratique courante dans ce secteur d'activité. Elle est également compatible avec la raison largement acceptée qui est donnée pour justifier la présence d'une clause de révision du loyer comme celle en litige dans la présente affaire, et elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme. Le calcul de la juste valeur marchande commande la détermination de «l'utilisation optimale» des terrains autorisée par la loi, indépendamment de toute restriction imposée par le bail lui-même. Le seul obstacle à la vente par la Bande de ses terrains est constitué par les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne devraient pas être prises en considération. Cela élimine la justification invoquée pour réduire la valeur des terrains. Le fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains ne saurait influencer leur valeur. Il s'ensuit que la «valeur d'échange» des terrains signifie le prix auquel ils pourraient être vendus, et non pas 50 pour 100 de cette somme. Quoique, en principe, la juste valeur marchande doit refléter les restrictions légales assujettissant les terrains, le fait que les terrains fassent partie d'une réserve ne constitue pas une restriction légale au sens de ce principe, qui s'applique seulement aux restrictions qui sont habituellement indépendantes de la volonté du propriétaire foncier.

La réduction de 50 pour 100 proposée afin de tenir compte de facteurs liés au fait que les terrains font partie d'une réserve est tributaire de l'évaluation d'un intérêt qui ne pourrait tout simplement jamais exister. Un terrain faisant partie d'une réserve ne peut être converti en terrain détenu en fief simple que par sa cession à la

as a fee simple interest in reserve land, there is simply nothing to which the subject property can be compared. If "current land value" means fee simple, and fee simple is inconsistent with reserve status, then it must be wrong to devalue fee simple for factors related to reserve status.

The rent should be set at 6 percent of the current land value, and no discount should be applied merely because the subject land is on an Indian reserve. Gonthier J.'s reasons concerning the deductibility of servicing costs were agreed with in principle. However, insofar as servicing costs are a function of current land value, the value discussed in these reasons should be used rather than the lower value arrived at by the trial judge.

#### Cases Cited

By Gonthier J.

**Referred to:** *Leighton v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198; *Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68; *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193; *Sun Life Assurance Co. of Canada v. City of Montreal*, [1950] S.C.R. 220; *Bullock's, Inc. v. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (1958); *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, F.C.T.D., No. T-1478-71, September 15, 1972; *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (QL); *No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. viii; *British Gas Corp. v. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398; *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *The Queen v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656; *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657.

By Bastarache J.

**Referred to:** *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Devil's Gap*

*Couronne*. Une fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférerait le fait d'être situé dans une réserve. Puisqu'un intérêt en fief simple dans un terrain faisant partie d'une réserve est quelque chose qui n'existe pas, il n'y a tout simplement rien à quoi la propriété en cause puisse être comparée. Si «valeur courante du terrain» s'entend de la valeur d'une propriété en fief simple et que cette forme de tenure est incompatible avec une propriété située dans une réserve, il doit donc être erroné de dévaluer le fief simple pour des facteurs liés à la qualité de terre faisant partie d'une réserve.

Le loyer doit être fixé à 6 pour 100 de la valeur courante des terrains et aucune réduction ne doit être appliquée du seul fait que ces terrains sont situés dans une réserve indienne. Les motifs du juge Gonthier concernant la déductibilité des frais de viabilisation sont acceptés en principe. Toutefois, dans la mesure où les frais de viabilisation sont fonction de la valeur courante du terrain, la valeur retenue dans les présents motifs devrait être utilisée, plutôt que la valeur inférieure à laquelle est arrivé le juge de première instance.

#### Jurisprudence

Citée par le juge Gonthier

**Arrêts mentionnés:** *Leighton c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198; *Bail c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68; *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193; *Sun Life Assurance Co. of Canada c. City of Montreal*, [1950] R.C.S. 220; *Bullock's, Inc. c. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (1958); *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, CF. 1« inst., n° T-1478-71, 15 septembre 1972; *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (QL); *No. 100 Sail View Ventures Ltd c. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, autorisation de pourvoi refusée [1994] 2 R.C.S. viii; *British Gas Corp. c. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398; *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *La Reine c. Guerin*, [1983] 2 CF. 656; *Re Planet Parking Ltd and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657.

Citée par le juge Bastarache

**Arrêts mentionnés:** *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172;

*Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164.

By McLachlin C.J. (dissenting on the appeal)

*Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68; *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657; *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123; *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL); *Steel Brothers Canada Ltd. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22.

#### Statutes and Regulations Cited

*Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 19.  
*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 32.  
*Indian Act*, R.S.C., 1985, c. I-5, ss. 37 [rep. & sub. c. 17 (4th Supp.), s. 2], 38 [*idem*], 39 [am. *idem*, s. 3], 83 [am. *idem*, s. 10].  
*Property Transfer Tax Act*, R.S.B.C. 1996, c. 378, s. 1 [am. 1997, c. 45, s. 52; am. 1999, c. 47, s. 50].

#### Authors Cited

Appraisal Institute of Canada. *The Appraisal of Real Estate*, Canadian ed. Winnipeg: The Institute, 1999.  
Friedman, Milton R. *Friedman on Leases*, vol. 2. New York: Practising Law Institute, 1974.  
Megarry, Robert Edgar, and William Wade. *The Law of Real Property*, 6th ed. By Charles Harpum. London: Sweet & Maxwell, 2000.

APPEAL and CROSS-APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1999] 2 F.C. 138, 235 N.R. 164, [1998] F.C.J. No. 1893 (QL), allowing in part the appellants' appeal from a judgment of Federal Court, Trial Division (1997), 137 F.T.R. 1, [1997] F.C.J. No. 1339 (QL). Appeal allowed, McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed.

*Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164.

Citée par le juge en chef McLachlin (dissidente quant au pourvoi)

*Bail c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68; *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172; *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657; *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123; *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164; *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL); *Steel Brothers Canada Ltd. c. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22.

#### Lois et règlements cités

*Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 20, art. 19.  
*Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 32.  
*Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1-5, art. 37 [abr. & rempl. ch. 17 (4<sup>e</sup> suppl.), art. 2], 38 [*idem*], 39 [mod., *idem*, art. 3], 83 [mod., *idem*, art. 10].  
*Property Transfer Tax Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 378, art. 1 [mod. 1997, ch. 45, art. 52; mod. 1999, ch. 47, art. 50].

#### Doctrine citée

Friedman, Milton R. *Friedman on Leases*, vol. 2. New York: Practising Law Institute, 1974.  
Institut canadien des évaluateurs. *The Appraisal of Real Estate*, édition canadienne. Winnipeg: L'institut, 1999.  
Megarry, Robert Edgar, and William Wade. *The Law of Real Property*, 6th ed. By Charles Harpum. London: Sweet & Maxwell, 2000.

POURVOI et POURVOI INCIDENT contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1999] 2 CF. 138, 235 N.R. 164, [1998] A.C.F. n° 1893 (QL), qui a accueilli en partie l'appel interjeté par les appelants contre un jugement de la Section de première instance de la Cour fédérale (1997), 137 F.T.R. 1, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL). Pourvoi accueilli, le juge en chef McLachlin et les juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour sont dissidents. Pourvoi incident rejeté.

*Jack Giles, Q.C., Kerry-Lynne D. Findlay, Q.C., and Ludmila B. Herbst, for the appellants/respondents on the cross-appeal.*

*Darrell W. Roberts, Q.C., Wendy A. Baker, Lewis Harvey and Leona M. Sparrow, for the respondents/appellants on the cross-appeal.*

*Mitchell R. Taylor and Keith J. Phillips, for the respondent Her Majesty the Queen.*

The reasons of McLachlin C.J. and L'Heureux-Dubé, Iacobucci and Arbour JJ. were delivered by

THE CHIEF JUSTICE (dissenting on the appeal) — This case requires us to interpret a lease. The parties entered into the contract voluntarily and with counsel. Thus our only task is to interpret their agreement. Two issues of interpretation arise — the meaning of "current land value" and the deductibility of servicing costs. I agree in principle with Justice Gonthier on the second issue but respectfully disagree on the first. In my view, "current land value" means the actual value of similar land held in fee simple, and should not be reduced by 50 percent because the Musqueam Indian Band ("Band") continues to hold the land as a reserve.

## I. Background

In 1960, the Band surrendered approximately 40 acres of reserve land to the Crown for the purposes of leasing. On June 8, 1965, the Crown entered into an agreement ("Master Agreement") with the Musqueam Development Company Limited ("Company") under which the Company was to service and subdivide the land, and the Crown was then to provide the Company with an individual lease for each lot. Each lease was to have a term of 99 years, running from the date of the Master Agreement. The Company fulfilled its obligations

*Jack Giles, c.r., Kerry-Lynne D. Findlay, c.r., et Ludmila B. Herbst, pour les appelants/intimés au pourvoi incident.*

*Darrell W. Roberts, c.r., Wendy A. Baker, Lewis Harvey et Leona M. Sparrow, pour les intimés/appellants au pourvoi incident.*

*Mitchell R. Taylor et Keith J. Phillips, pour l'intimée Sa Majesté la Reine.*

Version française des motifs du juge en chef McLachlin et des juges L'Heureux-Dubé, Iacobucci et Arbour rendus par

LE JUGE EN CHEF (dissidente quant au pourvoi) — La présente affaire exige que nous interprétions un bail. Les parties ont conclu ce contrat volontairement et avec l'aide d'avocats. Notre seule tâche consiste donc à interpréter leur entente. Deux questions d'interprétation se posent — le sens de l'expression «valeur courante du terrain» et la déductibilité des frais de viabilisation. Je souscris en principe à l'opinion du juge Gonthier sur la deuxième question, mais, en toute déférence, je suis en désaccord avec lui quant à la première. À mon avis, la «valeur courante du terrain» signifie la valeur réelle d'un terrain semblable détenu en fief simple, et elle ne doit pas être réduite de 50 pour 100 parce que la Bande indienne de Musqueam («Bande») continue de détenir le terrain en tant que terrain faisant partie d'une réserve.

## I. Les faits

En 1960, la Bande a cédé environ 40 acres de sa réserve à la Couronne aux fins de location. Le 8 juin 1965, la Couronne a conclu avec la Musqueam Development Company Limited («société»), une entente («entente cadre») aux termes de laquelle la société s'engageait à viabiliser et à lotir le bien-fonds, à la suite de quoi la Couronne devait remettre à la société un bail pour chaque lot. Chaque bail devait être assorti d'un terme de 99 ans, commençant à la date de l'entente cadre. La société s'est acquittée des obligations

1

2

under the Master Agreement, the Crown provided the leases, and in 1966 the Company assigned those leases to individuals, who built houses on the lots. Those individuals, or their assignees, are the appellants here.

3 Under the individual lease agreements, the lessees agreed to pay rent to the Crown in right of the Band, and in 1980 the Crown transferred management authority to the Band so that the Band now receives the rent directly. The rent for the first 30 years was specified in the leases, and increased from approximately \$300 per year to approximately \$400 per year over that period. The rent was subject to review after the first 30 years, and every 20 years thereafter. Thus the rent came up for review in 1995.

4 The rent review clause, identical in each of the individual leases, is the subject of this dispute. It provides:

2(2) The rent for each year of the three succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of the term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before the commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, the lands are

- (a) unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement;
- (b) lands to which there is public access;
- (c) lands in a subdivided area, and
- (d) land which is zoned for single-family residential use,

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at the time of renegotiation, and on the basis set out in subparagraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof.

5 The lessees contend that "current land value", as used in clause 2(4), means the value of the land as it is currently held — that is, as reserve land. The Band, by contrast, argues that "current land value" refers to the value of fee simple title to similar

prévues par l'entente cadre, la Couronne a fourni les baux et, en 1966, la société a cédé ces baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Ce sont ces individus, ou leurs cessionnaires, qui sont les appelants en l'espèce.

Dans leur bail respectif, les preneurs à bail ont convenu de verser un loyer à la Couronne au profit de la Bande et, en 1980, la Couronne a cédé le pouvoir de gestion à la Bande, qui reçoit donc maintenant les loyers directement. Le loyer pour les 30 premières années, qui était précisé dans les baux, est passé de 300 \$ à 400 \$ environ par année au cours de cette période. Le loyer devait être révisé après les 30 premières années et tous les 20 ans par la suite. Il devait donc y avoir révision du loyer en 1995.

La clause de révision du loyer, qui est la même dans chaque bail, fait l'objet du présent litige. Cette clause est rédigée ainsi:

[TRADUCTION]

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois premières périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

- a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;
- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zones pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la méthode énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes.

Les preneurs à bail soutiennent que la «valeur courante du terrain», expression figurant au par. 2(4), s'entend de la valeur du terrain dans la situation où il est actuellement détenu — c'est-à-dire en tant que terrain faisant partie d'une

land, absent factors associated with its reserve status.

## II. Judgments Below

### A. *Federal Court, Trial Division* (1997), 137 F.T.R. 1

The trial court, *per* Rothstein J., noted first that Indian title in reserve lands is generally inalienable. A band may not sell or otherwise encumber reserve lands except by surrendering the land to the Crown. Surrender allows the land to be held in fee simple, but irrevocably strips the land of its character as land reserved for Indians. Rothstein J. reasoned that, because the land leased here had not been surrendered to the Crown for sale, it should not be valued as if it could be held in fee simple. He reasoned, rather, that "for rent renegotiation purposes, the estate and tenure [to be valued] is a 99-year leasehold" (para. 38) on reserve land.

Proceeding from this premise, the trial court's assessment of "current land value" took into account "evidence of factors that might negatively affect the value of a long-term leasehold interest in land on an Indian Reserve" (para. 43), such as uncertainty related to property taxation, publicized unrest, and limitations on non-natives' entitlement to stand for election to the reserve's governing body. Rothstein J. noted that the fact that the interest to be valued was a leasehold rather than a freehold did not significantly affect the valuation; it is widely accepted that the value of a 99-year lease approximates the value of a freehold interest in the same property. That the leasehold to be valued was on Indian land, however, did have a significant

réserve. Pour sa part la Bande plaide que la «valeur courante du terrain» signifie la valeur du titre en fief simple sur un terrain semblable, indépendamment des facteurs liés à sa qualité de terre faisant partie d'une terre réserve.

### U. Les décisions des juridictions inférieures

### A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL)

Dans ses motifs, le juge Rothstein de la Section de première instance de la Cour fédérale a d'abord souligné que le titre indien sur les terres d'une réserve est généralement inaliénable. Une bande ne peut ni vendre ni grever des terres faisant partie de sa réserve sauf en les cédant à la Couronne. Le fait de céder ainsi des terres fait en sorte que celles-ci sont alors détenues en fief simple, mais leur fait perdre de façon irrévocable leur nature de terre réservée aux Indiens. Le juge Rothstein a raisonné que, puis que les terrains loués en l'espèce n'avaient pas été cédés à la Couronne aux fins de vente, ils ne devaient pas être évalués comme s'ils pouvaient être détenus en fief simple. Il a plutôt estimé «qu'aux fins de la nouvelle négociation des loyers, la tenure à bail [à évaluer] est une tenure à bail de 99 ans» (par. 46) sur des terrains faisant partie de la réserve.

Partant de cette prémisse, le tribunal a tenu compte, dans son appréciation de la «valeur courante du terrain», de «la preuve concernant les facteurs pouvant avoir des répercussions négatives sur la valeur d'un droit de tenure à bail à long terme à l'égard d'un terrain situé sur une réserve indienne» (par. 51), facteurs comme l'incertitude liée à l'impôt foncier, l'agitation connue dans les réserves et le fait que les non-Autochtones ne peuvent se porter candidat à l'élection de l'organe qui dirige la réserve. Le juge Rothstein a souligné que le fait que l'intérêt à évaluer soit une propriété à bail plutôt qu'une propriété franche n'influçait pas beaucoup l'évaluation; il est largement accepté que la valeur d'un bail de 99 ans est à peu près égale à celle d'une propriété franche relativement au même terrain. Le fait que la propriété à bail à évaluer se trouve sur des terres indiennes a toutefois

6

7

effect on the valuation, reducing the value of the interest by approximately 50 percent.

B. *Federal Court of Appeal*, [1999] 2 F.C. 138

8

The Federal Court of Appeal, *per* Sexton J.A., disagreed as to the property interest to be valued. In Sexton J.A.'s view, the trial court erred in reading "current land value" to mean the value of a leasehold on reserve land, rather than the value of a freehold interest in the land. Sexton J.A. reasoned at para. 21 that "[t]he long-standing practice . . . is to value the land at its fee simple value", and that if the parties had intended otherwise, they would have stated so specifically. Sexton J.A. noted that the rent review clause employed in the leases here was not atypical: linking rent to the value of the underlying land "ensure[s] that the rent represents the true return negotiated by the parties on the market value of the land. It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease" (para. 20). The court concluded that the interest to be valued was freehold title, not a leasehold interest in land on the reserve. Accordingly, it held that the trial court erred in imposing a 50 percent reduction to account for the "Indian reserve feature" of the land (para. 75).

### HI. Analysis

9

In construing a lease, our first consideration is the language of the lease itself. Here that language is clear. In a real estate document, "land" usually means "a right to receive a good title in fee simple". See, e.g., *Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68, at p. 71. "Value" means the "fair market value" of the land or, equivalently, the "exchange value" of the land: what a willing buyer would pay for the land in the open market. See, e.g., *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.) at p. 180. In British Columbia, the *Property Transfer Tax Act*,

eu un effet important sur l'évaluation, réduisant d'environ 50 pour cent la valeur de l'intérêt.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] 2 CF. 138

La Cour d'appel, sous la plume du juge Sexton, a exprimé son désaccord quant à la nature de l'intérêt de propriété à évaluer. Selon le juge Sexton, la Section de première instance a eu tort de considérer que la «valeur courante du terrain» était la valeur d'un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve, plutôt qu'un intérêt foncier franc. Le juge Sexton a indiqué, au par. 21, que «[l]a technique utilisée de longue date consiste à évaluer le terrain comme une pleine propriété» et que si les parties avaient eu une intention différente, elles l'auraient dit explicitement. Le juge Sexton a souligné que la clause de révision du loyer employée dans les baux en cause n'était pas inhabituelle: le rattachement du loyer à la valeur du terrain loué «assur[e] que le loyer représente fidèlement le rendement négocié par les parties sur la valeur marchande du terrain. Elle tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme» (par. 20). La Cour d'appel a estimé que l'intérêt à évaluer était un titre franc et non un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve. Elle a donc jugé que la Section de première instance avait eu tort d'imposer une réduction de 50 pour 100 «parce qu'il s'agissait de terres situées sur une réserve» (par. 75).

### HI. Analyse

Lorsque nous interprétons un bail, nous en examinons d'abord le texte. Ce dernier est clair en l'espèce. Dans un document en matière immobilière, le mot «terrain» fait habituellement référence [TRADUCTION] «au droit de recevoir un titre de propriété valable». Voir, par exemple, *Bail c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68, à la p. 71. La «valeur» signifie la «juste valeur marchande» du terrain ou, par équivalence, sa «valeur d'échange»: ce qu'un acheteur consentant paierait pour le terrain sur un marché libre. Voir, par exemple, *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993),

R.S.B.C. 1996, c. 378, s. 1, the *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, c. 20, s. 19, and the *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, c. 125, s. 32, all use substantially the same definition. Nothing in the leases at issue here suggests that either "land" or "value" should be assigned any definition other than the generally accepted one. Thus "current land value" means the price a willing buyer would pay for fee simple title to the land.

This construction of the disputed clause, which simply gives effect to the plain meaning of its words, is entirely consistent with the widely accepted rationale for a rent review provision like the one at issue here. Rents that are linked to the underlying value of the land ensure that the lessor gets a fair return on the asset. See *Friedman on Leases* (1974), vol. 2, at p. 567. As Sexton J.A. noted, linking rent to the value of the land "reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease" (para. 20). The linking of rent and underlying land value can be advantageous to the lessee as well: if market rates of return exceed the percentage specified in the lease — here, 6 percent — the lessee nonetheless pays a rent equal to only 6 percent of the land value, even though the lessor could get a higher rate of return by selling the land and investing the proceeds. Further, linking rent to underlying land value ensures that the lessee's rent rises no more quickly than real estate prices, and indeed that the rent would fall if real estate prices were to fall. Leases that link rent and land value thus provide certainty that is often valuable to both the lessor and the lessee. Where, as here, the lease runs for a long term, a rent review clause that links rent to land value is especially useful, because

101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), à la p. 180. En Colombie-Britannique, les lois intitulées *Property Transfer Tax Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 378, art. 1, *Assessment Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 20, art. 19, et *Expropriation Act*, R.S.B.C. 1996, ch. 125, art. 32, utilisent toutes essentiellement la même définition. Rien dans les baux en litige ne suggère que les mots «terrain» et «valeur» devraient recevoir une définition différente de celle qui est généralement acceptée. Par conséquent, la «valeur courante du terrain» s'entend du prix qu'un acheteur consentant paierait pour acquérir le titre en fief simple sur le terrain.

Cette interprétation de la clause contestée, qui donne simplement effet au sens ordinaire de ses mots, est tout à fait compatible avec la raison largement acceptée qui est donnée pour justifier la présence d'une clause de révision du loyer comme celle en litige dans la présente affaire. Lorsque le loyer est rattaché à la valeur du terrain visé, cela permet au bailleur de tirer un juste rendement de cet élément d'actif. Voir *Friedman on Leases* (1974), vol. 2, à la p. 567. Comme l'a souligné le juge Sexton, le rattachement du loyer à la valeur du terrain «tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme» (par. 20). Le rattachement du loyer à la valeur du terrain visé peut également être avantageux pour le preneur à bail: si les taux de rendement sur le marché excèdent le pourcentage précisé dans le bail — en l'espèce 6 pour 100 — le preneur à bail verse néanmoins un loyer égal à seulement 6 pour 100 de la valeur du terrain, même si le bailleur pouvait obtenir un rendement plus élevé en vendant le terrain et en investissant le produit. En outre, le rattachement du loyer à la valeur du terrain visé garantit au preneur à bail que son loyer n'augmente pas plus rapidement que les prix sur le marché immobilier et, de fait, que le loyer diminuerait si ces prix devaient baisser. Les baux rattachant le montant du loyer à la valeur du terrain apportent une certitude qui est souvent précieuse tant pour le bailleur que pour le preneur à bail. Dans les cas où, comme en l'espèce, il s'agit d'un bail à long terme, une clause de révision du loyer

predicting the course of the real estate market over such a long period is practically impossible.

11 The advantages of linking rent to underlying land value are well illustrated by the circumstances of this case. In 1966, neither the Band nor the lessees could have known what course real estate prices would take over the next 30 years, let alone the next 99. If the parties had fixed the rent for each lot at a particular dollar amount per year (presumably escalating every year at some fixed rate), the lessees would have run the risk that their rent would escalate more quickly than land prices, and the Band would have run the risk that real estate prices would escalate more quickly than the rent. Having linked rent to the value of the land, however, the parties are now assured that their 30-year-old leases will reflect the contemporary market. The Band is assured that it will receive an income comparable to the income it would receive if it was unencumbered by the existing leases. And the lessees are assured they will pay no more than they would if they entered into a new lease with any other landowner today.

12 My colleague Gonthier J. agrees that the plain meaning of "current land value" is freehold value, and that the purpose of the rent review clause here was to ensure a fair return to the lessor and a fair rent to the lessee. However, he nonetheless affirms the trial court's valuation of the leased lands at 50 percent of freehold value. With respect, I cannot agree.

13 First, although my colleague agrees that "current land value" requires the assessment of the "exchange value" of the land, his result does not in fact assess the land on the basis of its potential sale. As he states, calculating fair market value requires determining the "highest and best use" for the land that is legally permissible, disregarding

qui rattache le montant de celui-ci à la valeur du terrain est particulièrement utile, puisqu'il est pratiquement impossible de prédire l'évolution du marché immobilier sur une période aussi longue.

Les circonstances de la présente affaire illustrent bien les avantages du rattachement du loyer à la valeur du terrain visé. En 1966, ni la Bande ni les preneurs à bail ne pouvaient savoir quelle serait l'évolution des prix sur le marché immobilier au cours des 30 années suivantes, et encore moins au cours des 99 années suivantes. Si les parties avaient fixé le loyer de chaque lot à un montant annuel donné (qui augmenterait en principe à un taux fixe chaque année), les preneurs à bail auraient couru le risque que leur loyer augmente plus rapidement que le prix des terrains, alors que la Bande aurait couru le risque que ces prix grimpent plus rapidement que le loyer. Ayant lié le montant du loyer à la valeur des terrains, les parties sont maintenant assurées que leur bail vieux de 30 ans reflétera le marché contemporain. La Bande est certaine de recevoir un revenu comparable à celui qu'elle recevrait si les terrains n'étaient pas grevés par les baux existants. Pour leur part, les preneurs à bail sont certains de ne pas payer davantage qu'ils le feraient s'ils concluaient un nouveau bail avec un autre propriétaire aujourd'hui.

Mon collègue le juge Gonthier est d'accord avec l'opinion que le sens ordinaire de l'expression «valeur courante du terrain» est la valeur en tant que propriété franche et que l'objectif de la clause de révision du loyer en l'espèce était de garantir un juste rendement au bailleur et un juste loyer au preneur à bail. Toutefois, il a confirmé l'évaluation de la Section de première instance, qui a établi la valeur des terrains loués à 50 pour 100 de leur valeur comme propriété franche. En toute déférence, je ne peux souscrire à cette décision.

Premièrement, quoique mon collègue soit d'accord avec la conclusion que la détermination de la «valeur courante du terrain» exige la détermination de sa «valeur d'échange», le résultat auquel il arrive n'aboutit pas, dans les faits, à l'évaluation des terrains en fonction de leur vente potentielle. Comme le dit mon collègue, le calcul de la juste

any restrictions imposed by the lease itself. One way the Band could legally use the land is to sell it for fair market value. See the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5, ss. 37-38; see also *Blueberry River Indian Band v. Canada (Department of Indian Affairs and Northern Development)*, [1995] 4 S.C.R. 344; *St. Mary's Indian Band v. Cranbrook (City)*, [1997] 2 S.C.R. 657. The only impediment to the Band's selling its land is the leases themselves, whose restrictions my colleague Gonthier J. concedes should be disregarded. This removes the justification for discounting the value of the land. The fact that the Band has chosen not to sell its land cannot bear on the land's value. It follows that the "exchange value" of the land means what it could be sold for, not 50 percent of that amount.

valeur marchande commande la détermination de «l'utilisation optimale» des terrains autorisée par la loi, indépendamment de toute restriction imposée par le bail lui-même. Une façon dont la Bande pourrait légalement utiliser les terrains serait de les vendre à leur juste valeur marchande: voir la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1-5, art. 37 et 38; voir également *Bande indienne de la rivière Blueberry c. Canada (Ministère des Affaires indiennes et du Nord canadien)*, [1995] 4 R.C.S. 344; *Bande indienne de St. Mary's c. Cranbrook (Ville)*, [1997] 2 R.C.S. 657. Le seul obstacle à la vente par la Bande de ses terrains est constitué par les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne devraient pas, comme le concède mon collègue le juge Gonthier, être prises en considération. Cela élimine la justification invoquée pour réduire la valeur des terrains. Le fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains ne saurait influencer leur valeur. D s'ensuit que la «valeur d'échange» des terrains signifie le prix auquel ils pourraient être vendus, et non pas 50 pour 100 de cette somme.

The rationale for placing weight on the fact that the Band has chosen not to sell the land is said to be that fair market value "must reflect the legal restrictions on the land" (Gonthier J., at para. 46). However, the fact that land is part of a reserve is not a legal restriction within the ambit of this principle. This principle is properly applied to such restrictions as zoning laws, building codes, historical district or other non-zoning land-use controls, and environmental regulations. See *Revenue Properties*, *supra*; see also Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 270. Adjusting fair market value to account for such restrictions makes sense, because usually a landowner has little or no control over them, and clearly a buyer is not going to pay the going rate for commercial land if the land is zoned only for residential use. By contrast, nothing stops the Band from surrendering the land to the Crown and selling the land just like any other freehold is sold, except the leases themselves, whose restrictions must be disregarded in determining "current land value". The reserve character of the land is therefore not a legal restriction. As for the

On prétend que la raison d'être de l'importance accordée au fait que la Bande ait décidé de ne pas vendre ses terrains est le fait que la juste valeur marchande «doit refléter les restrictions légales attachées aux terrains» (le juge Gonthier, au par. 46). Toutefois, le fait que les terrains fassent partie d'une réserve ne constitue pas une restriction légale au sens de ce principe. Il y a lieu d'appliquer ce principe aux restrictions tels les règlements de zonage, les codes du bâtiment, les arrondissements historiques ou les autres mesures de contrôle de l'utilisation du sol non liées au zonage, ainsi que les règlements environnementaux: voir *Revenue Properties*, précité; voir également Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 270. L'ajustement de la juste valeur marchande pour tenir compte de ces restrictions est logique, puisqu'il s'agit de mesures habituellement indépendantes de la volonté du propriétaire foncier et qu'un acheteur ne paiera manifestement pas le prix courant d'un terrain commercial pour un terrain zone uniquement à usage résidentiel. Par contraste, rien n'empêche la Bande de céder les

argument that determining fair market value by valuing freehold title to the land is circular, the inquiry is essentially: what else could be done with the land? That is the same question that is asked in any appraisal, and it is not circular. See Appraisal Institute of Canada, *supra*, at p. 269, which states that appraising land requires consideration of "all potential uses".

terrains à la Couronne et de les vendre comme toute autre propriété franche, si ce n'est les baux eux-mêmes, dont les restrictions ne doivent pas être prises en considération dans la détermination de la «valeur courante du terrain». Le fait que les terrains aient la qualité de terres situées dans une réserve ne constitue donc pas une restriction légale. Quant à l'argument que la détermination de la juste valeur marchande par l'évaluation du titre franc à l'égard des terrains est circulaire, l'examen se résume essentiellement à la question suivante: Que pourrait-on faire d'autre des terrains? C'est cette question qui est posée dans toute évaluation et elle n'est pas circulaire. Voir Institut canadien des évaluateurs, *op. cit.*, à la p. 269, où l'on indique que l'évaluation d'un terrain requiert la prise en considération de [TRADUCTION] «toutes les utilisations possibles».

15 Second, although my colleague Gonthier J. agrees that the rent review clause here was meant to assure the Band a market rate of return on its land, the reduction of land value for reserve related factors precludes this result. Rather, it assures that the Band will never get a market return on its land, by effectively reading "current land value" to mean 50 percent of current land value. As a result, the Band will get a 6 percent return on half the value of its asset, or, equivalently, a 3 percent return. As Sexton J.A. noted, at para. 25, "it is extremely doubtful that the Band would enter a long-term lease if the effect of its doing so would be to devalue the worth of its own asset, thereby lowering the return it receives on the asset".

Deuxièmement, bien que mon collègue le juge Gonthier accepte que, en l'espèce, la clause de révision du loyer visait à assurer à la Bande le taux de rendement du marché à l'égard de ses terrains, la réduction de la valeur de ceux-ci pour des facteurs liés au fait qu'ils font partie d'une réserve fait obstacle à ce résultat. Au contraire, la Bande est assurée de ne jamais obtenir le taux de rendement du marché à l'égard de ses terrains puisqu'on interprète concrètement l'expression «valeur courante du terrain» comme voulant dire 50 pour 100 de la valeur courante du terrain. Par conséquent, la Bande tirera un rendement de 6 pour 100 sur la moitié de la valeur de son élément d'actif ou, autrement dit, un rendement de 3 pour 100. D'affirmer le juge Sexton: «je doute fort que la bande aurait conclu un bail à long terme si cette décision avait eu pour effet de dévaluer la valeur de son propre actif, réduisant par le fait même le rendement qu'elle touche sur l'actif» (par. 25).

16 Third, the proposed 50 percent reduction for reserve related factors depends on the valuation of an interest that could simply never exist. As the trial court noted, reserve land can be converted to fee simple only by surrender to the Crown. Once reserve land is surrendered to the Crown, it loses all the characteristics of reserve land. Thus there can be no such thing as fee simple title to reserve

Troisièmement, la réduction de 50 pour 100 proposée afin de tenir compte de facteurs liés au fait que les terrains font partie d'une réserve est tributaire de l'évaluation d'un intérêt qui ne pourrait tout simplement jamais exister. Comme l'a souligné la Section de première instance, un terrain faisant partie d'une réserve ne peut être converti en terrain détenu en fief simple que par sa cession à la

land. Given that no such interest can ever exist, it is difficult to see how it could be valued in any principled way. As it is, appraisal is a notoriously unscientific endeavour. See, e.g., *Golden Acres Ltd. v. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123, at para. 15: "Whatever kind of alleged art it may be, the practice of the alleged profession of appraising is nothing like that which can be dignified as a science." In part, this is because any appraisal involves asking a hypothetical question — namely, what would the landowner receive for the land on the open market? That question, however, can be answered in a relatively principled way, by, for example, looking to the price of similar property.

The combined fee simple/reserve factor approach, by contrast, is not susceptible of principled analysis. Because there is no such thing as a fee simple interest in reserve land, there is simply nothing to which the subject property can be compared. The comparison is not with real properties, but with something that cannot exist — a parcel of land that is both fee simple and reserve land. I cannot accept that this is what the parties intended when they referred to "current land value". If "current land value" means fee simple, and fee simple is inconsistent with reserve status — propositions with which my colleague Gonthier J. agrees — then it must be wrong to devalue fee simple for factors related to reserve status, such as speculation about unrest, limitations on non-natives' standing to be elected to the governing body, and uncertainty about property taxation. (This does not preclude consideration of the fact that the fee simple is located near reserve land, should this

Couronne. Une fois cédé à la Couronne, un tel terrain perd toutes les caractéristiques que lui conférerait le fait d'être situé dans une réserve. Par conséquent, le titre en fief simple sur un terrain faisant partie d'une réserve est quelque chose qui ne saurait exister. Puisqu'un tel intérêt ne peut jamais exister, il est difficile de voir comment il pourrait être évalué selon une méthode rationnelle. Dans l'état actuel des choses, l'évaluation est une activité notoirement dénuée de caractère scientifique. Voir, par exemple, *Golden Acres Ltd. c. Canada* (1988), 22 F.T.R. 123, au par. 15: «L'évaluation est peut-être un art, mais elle ne saurait être élevée au rang de science.» Cela est dû en partie au fait que toute évaluation comporte la question hypothétique suivante: Que recevrait le propriétaire pour son terrain sur le marché libre? On peut cependant répondre à cette question au moyen d'une méthode relativement rationnelle, par exemple en examinant le prix d'une propriété semblable.

À l'opposé, l'approche combinée fief simple/emplacement dans une réserve ne se prête pas à une analyse rationnelle. Puisqu'un intérêt en fief simple dans un terrain faisant partie d'une réserve est quelque chose qui n'existe pas, il n'y a tout simplement rien à quoi la propriété en cause puisse être comparée. La comparaison n'est pas faite avec des propriétés réelles, mais plutôt avec quelque chose qui ne peut pas exister — une parcelle de terrain qui serait à la fois détenue en fief simple et située dans une réserve. Je ne peux accepter que c'était là l'intention des parties lorsqu'elles ont écrit l'expression «valeur courante du terrain». Si «valeur courante du terrain» s'entend de la valeur d'une propriété en fief simple et que cette forme de tenure est incompatible avec une propriété située dans une réserve — propositions qu'accepte mon collègue le juge Gonthier — il doit donc être erroné de dévaluer le fief simple pour des facteurs liés à la qualité de terre faisant partie d'une réserve, telles les conjectures à propos de l'agitation dans les réserves, l'inéligibilité des non-Autochtones à l'organe qui dirige la réserve et l'incertitude liée à l'impôt foncier. (Cela n'empêche pas la prise en considération du fait que la propriété en fief simple est située près de terres faisant

prove relevant to assessing the value of the fee simple.)

18

As my colleague notes, some leases for aboriginal land specifically provide that the subject property is to be valued by reference to comparable property located outside the reserve. See, e.g., *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, at para. 6 (lease called for valuation by reference to "vacant land... situated outside of the Reserve"); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.) (lease called for valuation by reference to "vacant land outside the Reserve"). It does not follow, however, that when the lease does not include an express indication that off-reserve property is the touchstone, the parties intended otherwise. "Current land value" generally means fee simple value, and common industry practice is to value land by assessing what the land would be worth on the open market. Except where the parties expressly provide for a different method of valuation, it is plain meaning and common practice that should provide the default. See, e.g., *Steel Brothers Canada Ltd. v. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22 (assessing fair market value of reserve land by reference to off-reserve property, where the lease was silent as to the intended valuation method).

19

In my view, the rent should be set at 6 percent of the current land value, and no discount should be applied merely because the subject land is on an Indian reserve. This construction accords with the leases' plain meaning, common industry practice, and the clear purpose of the rent review clause.

20

As indicated above, I agree in principle with my colleague Gonthier J.'s reasoning as to servicing costs. Insofar as those costs are a function of "current land value", however, I would use current land

partie d'une réserve, si ce fait devait se révéler pertinent pour l'évaluation de cette propriété.)

Comme le fait remarquer mon collègue, certains baux portant sur des terres autochtones stipulent que la propriété en cause doit être évaluée par référence à une propriété semblable située à l'extérieur de la réserve. Voir, par exemple, *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, au par. 6 (bail devant être évalué par référence à [TRADUCTION] «un terrain non bâti [...] situé à l'extérieur de la réserve»); *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1« inst.) (bail devant être évalué par référence à des [TRADUCTION] «terrains vagues situés à l'extérieur de la réserve»). Toutefois, il ne s'ensuit pas que, dans les cas où le bail ne contient aucune indication expresse que les propriétés hors réserve servent d'élément de comparaison, les parties entendaient recourir à autre chose. La «valeur courante du terrain» signifie généralement la valeur de celui-ci en tant que propriété en fief simple, et la pratique courante dans ce secteur d'activité consiste à déterminer la valeur qu'aurait le terrain sur le marché libre. Sauf lorsque les parties prévoient expressément une méthode d'évaluation différente, c'est le sens ordinaire et la pratique courante qui doivent combler cette lacune. Voir, par exemple, *Steel Brothers Canada Ltd c. Canada* (1986), 1 F.T.R. 22 (détermination de la juste valeur marchande d'un terrain situé dans une réserve par référence à des propriétés hors réserve dans un cas où le bail était silencieux quant à la méthode d'évaluation voulue).

Je suis d'avis que le loyer doit être fixé à 6 pour 100 de la valeur courante des terrains et qu'aucune réduction ne doit être appliquée du seul fait que ces terrains sont situés dans une réserve indienne. Cette interprétation est conforme au sens ordinaire du bail, à la pratique courante dans le secteur d'activité concerné et à l'objectif clair de la clause de révision du loyer.

Comme je l'ai indiqué plus tôt, je souscris à l'opinion de mon collègue le juge Gonthier à l'égard des frais de viabilisation. Toutefois, dans la mesure où ces coûts sont fonction de la «valeur

value as discussed herein, rather than the lower value arrived at by the trial judge.

#### IV. Conclusion

I would dismiss the appeal and the cross-appeal and affirm the judgment of the Federal Court of Appeal.

The judgment of Gonthier, Major, Binnie and LeBel JJ. was delivered by

GONTHIER J. —

#### I. Introduction

The rent for the Musqueam lands in the City of Vancouver came up for review in 1995. The parties, the Musqueam Indian Band ("Band") who owns the land and the leaseholders who live on it, failed to negotiate a new rent. They submitted their dispute to the courts for resolution.

#### H. Facts

The Band surrendered part of their reserve in trust to the Crown in 1960 for the purpose of leasing. The Crown entered into a Master Agreement with the Musqueam Development Company Limited (not related to the Band) in 1965. Under the Master Agreement, the company was to subdivide and service the land by setting up such amenities as roads, sewers and water supply. Once the land was divided into serviced lots, the Crown provided the company with leases for each lot. The company assigned the leases to individuals, who built houses on the lots. The leaseholders paid a lump sum to the company and agreed to pay rent to the Minister on behalf of the Band. Most of the leases are dated May 16, 1966 and run for a term of 99 years from the date of the Master Agreement (June 8, 1965).

In 1980, the Crown transferred management authority to the Band so that the Band now receives the rent directly. The rents for the first

courante du terrain», j'utiliserais la valeur retenue dans les présents motifs, plutôt que la valeur inférieure à laquelle est arrivé le juge de première instance.

#### IV. Conclusion

Je rejetterais le pourvoi et le pourvoi incident, et je confirmerais l'arrêt de la Cour d'appel fédérale.

Version française du jugement des juges Gonthier, Major, Binnie et LeBel rendu par

LE JUGE GONTHIER —

#### I. Introduction

Le loyer relatif aux terrains de la Bande de Musqueam situés dans la ville de Vancouver devait être révisé en 1995. Les parties, la Bande indienne de Musqueam («Bande») qui est propriétaire des terrains, et les preneurs à bail qui y vivent, n'ont pas réussi à négocier un nouveau loyer. Us s'adressent aux tribunaux pour trancher leur différend.

#### H. Les faits

En 1960, la Bande a cédé en fiducie à la Couronne une partie de sa réserve aux fins de location. En 1965, la Couronne a conclu une entente cadre avec la Musqueam Development Company Limited (société sans lien avec la Bande). En vertu de cette entente, la société devait lotir le bien-fonds et le viabiliser, notamment en y aménageant des routes, des égouts et un aqueduc. Une fois le bien-fonds divisé en lots viabilisés, la Couronne a fourni à la compagnie des baux pour chaque lot. Cette dernière a cédé les baux à des individus, qui ont construit des maisons sur les lots. Les preneurs à bail ont payé une somme forfaitaire à la société et ont accepté de verser un loyer au ministre au profit de la Bande. La plupart des baux sont datés du 16 mai 1966 et ont été signés pour une période de 99 ans à compter de la date de l'entente cadre (8 juin 1965).

En 1980, la Couronne a cédé le pouvoir de gestion à la Bande, de sorte que celle-ci reçoit maintenant le loyer directement. Pendant les trois

21

22

23

24

three 10-year periods are set in the leases at approximately \$300-\$400 per year. The rent first came up for review in June 1995, as it will again every 20 years thereafter. The leases stipulate that the annual rent is to be 6 percent of the "current land value". Below is a typical rent review provision:

2(1) YIELDING AND PAYING therefor, yearly, and every year in advance during the said term to die Minister a rent as follows:

- (a) for each year during the first ten years of die term, the sum of (\$298.00);
- (b) for each year during die second ten years of the term, the sum of (\$343.75);
- (c) for each year during die tiurd ten years of die term, the sum of (\$375.00);

2(2) The rent for each year of die diree succeeding twenty (20) year periods and for the final nine (9) year period of die term hereof, shall be a fair rent for the land negotiated immediately before die commencement of each such period. In conducting such negotiations the parties shall assume that, at the time of such negotiations, die lands are

- (a) unimproved lands in the same state as diey were on the date of dus agreement;
- (b) lands to which diere is public access;
- (c) lands in a subdivided area, and
- (d) land which is zoned for single-family residential use,

and the foregoing assumption shall also be made in the case of any determination of die rent pursuant to the provisions of subparagraph (3) hereof.

2(3) In die event the Minister and the Lessee or its assignees cannot reach agreement on the rents to be paid in any of the succeeding periods as provided in subparagraph (2) above, the question shall be determined under the authority of paragraph (g) of subsection (1) of Section 18 of the Exchequer Court Act.

2(4) An annual clear total rental which represents six percent (6%) of the current land value, calculated at die time of renegotiation, and on die basis set out in subpar-

premières périodes de 10 ans, les loyers annuels prévus par les baux se situaient à environ 300 \$ à 400 \$ par année. Le loyer devait être révisé pour la première fois en juin 1995, comme il le sera à tous les 20 ans par la suite. Les baux stipulent que le loyer annuel doit correspondre à 6 pour 100 de la [TRADUCTION] «valeur courante du terrain». Voici un exemple type de clause de révision de loyer:

[TRADUCTION]

2(1) PAR CONSÉQUENT, le montant suivant doit être payé chaque année à l'avance au ministre:

- a) pour chaque année de la première période de dix ans, un montant de 298 \$;
- b) pour chaque année de la deuxième période de dix ans, un montant de 343,75 \$;
- c) pour chaque année de la troisième période de dix ans, un montant de 375 \$;

2(2) Le loyer relatif à chaque année des trois premières périodes successives de vingt (20) ans et de la dernière période de neuf (9) ans correspond à un juste loyer à l'égard du lot visé, lequel loyer est négocié immédiatement avant le début de chacune de ces périodes. Dans le cadre de ces négociations, les parties présument que, à la date de celles-ci, les terrains sont

- a) des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente;
- b) des terrains comportant une voie d'accès publique;
- c) des terrains se trouvant dans une zone lotie;
- d) des terrains zones pour la construction résidentielle de maisons unifamiliales,

et les présomptions qui précèdent seront également formulées dans le cas de toute détermination du loyer conformément aux dispositions du paragraphe (3) des présentes.

2(3) Si le ministre et le preneur à bail ou les cessionnaires de celui-ci ne peuvent s'entendre sur les loyers à payer au cours de l'une des périodes successives selon le paragraphe (2) qui précède, la question sera tranchée en application de l'alinéa 18(1 )g) de la Loi sur la Cour de l'Échiquier.

2(4) Un loyer annuel total net représentant six pour cent (6 %) de la valeur courante du terrain, calculé à la date des nouvelles négociations conformément à la médiode

agraph (2) hereof, shall be regarded as a "fair rent" for the purposes thereof. [Emphasis added.]

The parties cannot agree on the meaning of "current land value" in clause 2(4), or on the interpretation of "unimproved lands" in clause 2(2)(a). Under clause 2(3), the Band applied to the Federal Court, Trial Division for a determination of these issues.

### HI. Judgments Below

#### A. *Federal Court, Trial Division* (1997), 137 F.T.R. 1

Rothstein J. found that "current land value" refers to "a 99-year leasehold on the Musqueam Indian Reserve No. 2 unaffected by the terms of the current leases except for the prescribed assumptions in s. 2(2) of the current leases" (para. 40). He held that it is inappropriate to use the freehold value of the land because of the "unique" nature of Indian title. Indian title is inalienable. When legal title is vested in the Crown, it is encumbered by a fiduciary duty to the Indians. Neither the interest of the Crown (once Indian land is surrendered) nor that of the Indians in reserve land can be equated to a freehold estate in fee simple. The Musqueam land was only surrendered for leasing purposes. "Accordingly, it retains its character as land reserved for Indians with all of the benefits and limitations flowing from that character" (para. 36).

Because of the difficulties in appraising the value of land in the reserve, the trial judge accepted an indirect comparison with non-reserve land. He found that the fee simple value of off-reserve land was on average \$600,000 (upon which expert appraisers for both sides agreed). He used this as a benchmark to determine the actual value of Musqueam Park land, by discounting it by 50 percent "having regard to the long-term leasehold

énoncée au paragraphe (2) des présentes, est considéré comme un «juste loyer» aux fins des présentes. [Je souligne.]

Les parties sont en désaccord sur le sens de l'expression «valeur courante du terrain» figurant au par. 2(4) ainsi que sur l'interprétation de l'expression «terrains non améliorés» figurant à l'alinéa 2(2)a). En vertu du par. 2(3), la Bande a demandé à la Section de première instance de la Cour fédérale de statuer sur ces questions.

### HI. Les jugements

#### A. *Cour fédérale, Section de première instance*, [1997] A.C.F. n° 1339 (QL)

Le juge Rothstein estime que la «valeur courante du terrain» fait référence à «un droit de tenure à bail de 99 ans sur la réserve indienne n° 2 de Musqueam, lequel droit n'est pas touché par les conditions des baux actuellement en vigueur, sauf en ce qui a trait aux hypothèses prescrites au paragraphe 2(2) des baux en question» (par. 48). Il a jugé que, en raison de la nature «unique» du titre indien, il est inapproprié d'utiliser la valeur des terrains en tant que propriétés franches. Le titre indien est inaliénable. Lorsque le titre de propriété passe à la Couronne, il est alors grevé d'une obligation fiduciaire en faveur des Indiens. Ni le droit de la Couronne (une fois les terres indiennes cédées) ni les droits des Indiens à l'égard des terres de la réserve ne peuvent être assimilés à un domaine franc détenu en fief simple. Le territoire Musqueam a été cédé uniquement aux fins de location. «Par conséquent, il demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature» (par. 44).

En raison des difficultés que posait l'évaluation des terrains situés dans la réserve, le juge de première instance a accepté une comparaison indirecte avec des terrains situés à l'extérieur de la réserve. Il a estimé à 600 000 \$ (somme sur laquelle les évaluateurs experts des parties étaient tous d'accord) la valeur moyenne d'un terrain hors réserve détenu en fief simple (ou pleine propriété). Il a utilisé cette somme en tant que repère pour déterminer la valeur réelle du terrain du parc Musqueam et l'a réduite de 50 pour 100, «compte

25

26

interest and Indian reserve features" (para. 86). This works out to \$300,000 per average lot.

27 The 50 percent discount figure was arrived at by comparing the value of pre-paid leaseholds in Salish Park (also on the Musqueam Reserve) with West Side properties in the City of Vancouver. The Salish lots sold for roughly 50 percent less than the comparable West Side properties. The trial judge agreed with the appraiser who believed that the difference reflected the fact that the Salish properties were on the Musqueam Reserve.

28 The trial judge reasoned that land on the Musqueam Reserve has a lower value than neighbouring fee simple land not because of discriminatory considerations in the courts but because of the market. Furthermore, the lower value "is not significantly related to the leasehold aspect" (para. 57) of the land. Experts showed that at the start of a long-term lease, "there is no discernable difference between the value of leasehold and freehold interests" (para. 57). Rather, the difference between the value of Musqueam land and neighbouring fee simple land off the reserve is attributable to the "Indian reserve features]" (para. 57) of the land.

29 On the issue of "unimproved land", the trial judge found that the words "this agreement" in clause 2(2)(a) referred to the Master Agreement, at the time of which the land was not serviced. "Unimproved" therefore means without servicing, not just without buildings. This is only one of several arguments for his decision to deduct the cost

tenu des droits de tenure à bail à long terme s'y rattachant et du fait qu'il se trouve sur une réserve indienne» (par. 98). Il en résulte une valeur moyenne de 300 000 \$ par lot.

Le chiffre de 50 pour 100 utilisé au titre de la réduction a été arrêté en comparant la valeur des propriétés à bail payées par anticipation du parc Salish (qui se trouvent également dans la réserve de Musqueam) et celle des propriétés situées dans la partie ouest (le «West Side») de la ville de Vancouver. Les lots situés dans Salish se vendaient à des prix inférieurs d'environ 50 pour 100 à ceux des propriétés comparables situées dans le West Side. Le juge de première instance a dit être d'accord avec l'opinion de l'évaluateur que la différence reflétait le fait que les propriétés du parc Salish se trouvaient dans la réserve de Musqueam.

Le juge de première instance a estimé que les terrains situés dans la réserve de Musqueam avaient une valeur inférieure à celle des terrains avoisinants détenus en fief simple non pas en raison de considérations qui seraient jugées discriminatoires devant les tribunaux, mais bien en raison du marché. En outre, la valeur inférieure «n'est pas liée de façon importante au [...] droit de tenure à bail» (par. 68) des terrains. Des experts ont démontré qu'au début d'une location à long terme, «il n'y a pas de différence perceptible entre la valeur d'un domaine à bail et celle d'un domaine franc» (par. 68). Au contraire, la différence entre la valeur du terrain de Musqueam et celle des terrains avoisinants détenus en fief simple en dehors de la réserve est attribuable au fait que ces propriétés «sont justement situées sur une réserve indienne» (par. 68).

Relativement à la question des «terrains non améliorés», le juge de première instance a estimé que les mots «la présente entente» figurant à l'ai. 2(2)a) faisaient référence à l'entente cadre, qui a été conclue au moment où les terrains n'étaient pas viabilisés. L'expression «non améliorés» signifie donc non viabilisés, et non pas seulement non bâtis. D ne s'agit que de l'un des nombreux arguments sur lesquels s'est fondé le juge de première instance pour déduire de la valeur courante des

of servicing, found to be \$117,818 per lot, from the current land value.

B. *Federal Court of Appeal*, [1999] 2 F.C. 138

The Federal Court of Appeal found that "current land value" refers to the value of the land held in fee simple with no reduction for the "Indian reserve factor". This interpretation of the leases better reflects the parties' intention. The leases do not say "current leasehold value" or as in *Leighton v. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198, the value of "the land leased on the terms and conditions contained in this lease" (para. 19). It was an error by the trial judge to focus on the interest of the lessees as opposed to focussing on the land value itself.

The Band could surrender the land to the Crown for sale were it not subject to the long-term leases. Its sale price would be the fee simple value of the land. The distinction between reserve land and land held in fee simple was "not relevant to the valuation of the current land value for purposes of rent review" (para. 30). According to Sexton J.A., "the value of the asset for the purpose of determining the lease is not affected by the decision to lease. In my view, the fact that the land could be sold is fatal to the contention that it should be valued at anything other than its freehold value" (para. 32). The court concluded that "the parties intended the 'current land value' to mean the freehold value of the land\_\_\_\_\_To hold that the land's value is in any way diminished by the fact that the land is reserve land imports an element into the Aboriginal context which is irrelevant in the present context" (para. 36).

Rent review, unless the contract is drafted to the contrary, is generally based on freehold market value. The Federal Court of Appeal also considered a series of leasing cases concerning Aboriginal land. Some of these leases specifically provide that the rent is to be based on comparable on- or off-reserve properties. The court found that the

terrains les frais de viabilisation, qui s'élevaient selon lui à 117 818 \$ par lot.

B. *Cour d'appel fédérale*, [1999] 2 CF. 138

La Cour d'appel fédérale a conclu que la «valeur courante du terrain» faisait référence à la valeur du terrain détenu en fief simple, sans réduction afférente au «facteur applicable à une réserve indienne». Cette interprétation des baux reflète mieux l'intention des parties. Les baux ne disent pas «valeur courante de la propriété à bail» ou, comme dans l'affaire *Leighton c. Canada* (1987), 13 F.T.R. 198, la valeur «des terres louées selon les modalités du présent bail» (par. 19). Le juge de première instance a commis une erreur en mettant l'accent sur l'intérêt des preneurs à bail plutôt que sur la valeur du terrain lui-même.

La Bande pourrait céder les terrains à la Couronne aux fins de vente s'ils ne faisaient pas l'objet des baux à long terme. Le prix de vente serait égal à la valeur des terrains détenus en fief simple. La distinction entre un terrain situé dans une réserve et un terrain détenu en fief simple n'est «pas pertinent[e] quant à l'évaluation de la valeur courante du terrain pour les fins de la révision du loyer» (par. 30). Selon le juge Sexton, «la valeur qui doit servir à déterminer le loyer n'est pas touchée par la décision de louer. À mon avis, le fait que le terrain puisse être vendu fait échec à la prétention selon laquelle il devrait être évalué autrement qu'à partir de sa valeur comme propriété franche» (par. 32). La Cour d'appel fédérale a jugé que «les parties avaient l'intention que l'expression «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain détenu en pleine propriété. [...] Soutenir que la valeur du terrain est d'une quelconque façon diminuée du fait qu'il est situé sur une réserve introduit un élément dans le contexte autochtone qui n'est pas pertinent en l'espèce» (par. 36).

Sauf stipulation contraire du contrat, la révision du loyer est généralement basée sur la valeur marchande du terrain détenu en propriété franche. La Cour d'appel fédérale a également examiné une série de décisions en matière de location de terres autochtones. Certains des baux en cause précisent que le loyer doit être basé sur la valeur de

30

31

32

terms of the lease should be respected; where trial judges have refused to enforce a lease that specifies that the off-reserve land value is to be used in the rent review, they were in error. Ultimately, however, leasing cases are not "particularly useful in that they essentially turn on the construction of the words employed in each lease in question" (para. 44).

33

On the issue of reasonable rent increases, the Federal Court of Appeal noted that it is misleading to focus on the percentage increase to determine if rent is reasonable. When reserve land values have been set below market prices, increases to market value appear unreasonable. Undervaluing native land to protect lessees creates a vicious cycle because the next time the rent comes up for review, a large percentage increase will seem unreasonable. The court found that earlier Aboriginal leasing cases often relied incorrectly on the belief that "Indian land simply cannot in reality attain the value of land in an authentically free and open market" (para. 70). Rather,

[i]n the absence of words to the contrary, the valuation of the market value of Aboriginal land should be made in the same manner as any other land. Discounting the value of Aboriginal land on the basis of their *sui generis* interest in their own land is irrelevant to the determination of rent calculated as a percentage return on a capital investment. If the parties intended to depart from the well-established practice of valuing land in long-term leases at its freehold or exchange value, they could, and should have specified this in the lease, [para. 71]

In conclusion, the Federal Court of Appeal accepted the trial judge's determination that the hypothetical fee simple value of the average lot was \$600,000. This amount represented the "co-

propriétés comparables situées dans la réserve ou hors de la réserve. La Cour d'appel a estimé que les modalités du bail devaient être respectées; lorsque des juges de première instance ont refusé d'appliquer un bail qui précisait que la valeur de terrains situés hors de la réserve devait être utilisée, ils ont fait erreur. En définitive, toutefois, les affaires de location ne sont pas «particulièrement utiles étant donné qu'elles s'appuient essentiellement sur l'interprétation des mots employés dans chacun des baux en question» (par. 44).

Sur la question des augmentations raisonnables de loyer, la Cour d'appel a souligné qu'il était trompeur de mettre l'accent sur le pourcentage d'augmentation pour déterminer si le loyer est raisonnable. Lorsque la valeur des terrains situés dans une réserve a été fixée sous le prix du marché, les augmentations qui la font passer à la valeur marchande paraissent déraisonnables. Le fait de sous-évaluer des terres autochtones en vue de protéger les preneurs à bail crée un cercle vicieux puisque, au moment de la révision du loyer, une forte augmentation en pourcentage semblera déraisonnable. La Cour d'appel fédérale a jugé que les affaires antérieures en matière de location de terres autochtones étaient souvent fondées à tort sur la prémisse qu'«une terre indienne ne peut tout simplement pas, en réalité, atteindre la valeur d'une terre dans un marché authentiquement libre et ouvert» (par. 70). Au contraire,

[e]n l'absence de mots à l'effet contraire, la valeur marchande des terres autochtones devrait être déterminée de la même manière que celle d'autres terrains. Réduire la valeur des terres autochtones en s'appuyant sur le droit *sui generis* des Autochtones sur leurs propres terres est un facteur non pertinent pour déterminer le loyer calculé en tant que pourcentage de rendement sur un investissement. Si les parties avaient l'intention de s'écarter de la méthode bien acceptée qui consiste à évaluer les terrains faisant l'objet de baux à long terme à leur valeur de propriété libre ou à leur valeur d'échange, elles pouvaient le préciser dans le bail, et elles auraient dû le faire. [par. 71]

En conclusion, la Cour d'appel fédérale a accepté la décision du juge de première instance selon laquelle la valeur hypothétique du lot moyen détenu en fief simple s'élevait à 600 000 \$. Cette

rent land value" referred to in the leases; the 50 percent reduction in value imposed by the trial judge was an error. On the issue of servicing, the court agreed with the trial judge, but increased the servicing costs to reflect the higher land value they found.

#### IV. Issues

1. What is the meaning of "current land value" in the Musqueam rent review clause 2(4)?

2. What is the meaning of "unimproved" and "this agreement" in clause 2(2)(a) of the leases?

#### V. Analysis

##### A. *Construction of the Leases*

I find that "current land value" in the rent review clause refers to fee simple or freehold as opposed to leasehold value, but that it refers to freehold on the reserve, not off the reserve. A freehold value for the Musqueam lands must be hypothetical because there is no such thing as freehold title on a reserve. But this does not mean that this hypothetical value cannot be assessed and then serve its function in the rent review calculation.

Unless the parties specify otherwise, the meanings of "land" and of "value" are well established in law. When land is sold, "land" refers to "a right to receive a good title in fee simple" unless the agreement states otherwise (*Ball v. Gutschenritter*, [1925] S.C.R. 68, at p. 71). "Land" is not given a special meaning in the Musqueam leases; in particular, it is not defined as a 99-year leasehold interest in the property under the lease.

somme représentait la «valeur courante du terrain» visé par le bail; la réduction de 50 pour 100 de la valeur imposée par le juge de première instance constituait une erreur. Sur la question des frais de viabilisation, la Cour d'appel fédérale a exprimé son accord avec le juge de première instance, mais elle a haussé ces frais pour refléter la valeur plus élevée des terrains qu'elle a retenue.

#### IV. Les questions en litige

1. Quelle est la signification de l'expression «valeur courante du terrain» figurant au par. 2(4) des baux, savoir la clause de révision du loyer payable à la Bande?

2. Quelle est la signification des expressions «non améliorés» et «la présente entente» figurant à l'ai. 2(2)a) des baux?

#### V. Analyse

##### A. *L'interprétation des baux*

J'estime que la «valeur courante du terrain» mentionnée dans la clause de révision du loyer s'entend de la valeur du terrain en tant que propriété franche ou en fief simple par opposition à sa valeur comme propriété à bail, mais qu'il s'agit de la valeur en tant que propriété franche dans la réserve, et non à l'extérieur de celle-ci. La valeur en tant que propriété franche des terrains de Musqueam ne peut être qu'une valeur hypothétique, puisque le titre franc n'existe pas dans une réserve. Cependant, cela ne signifie pas que cette valeur hypothétique ne peut pas être déterminée et ensuite utilisée dans le calcul de la révision du loyer.

Sauf stipulation contraire des parties, le sens des mots «terrain» et «valeur» est bien établi en droit. Lorsqu'un terrain est vendu, le mot «terrain» s'entend du [TRADUCTION] «droit de recevoir un titre en fief simple valable», sauf stipulation contraire de l'accord (*Bail c. Gutschenritter*, [1925] R.C.S. 68, à la p. 71). Aucun sens spécial n'est donné au mot «terrain» dans les baux de Musqueam; en particulier, il n'est pas défini comme un intérêt à bail de 99 ans sur la propriété visée par le bail.

34

35

36

37 "Value" in real estate law generally means the fair market value of the land, which is based on what a seller and buyer, "each knowledgeable and willing," would pay for it on the open market. See *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Q.), at p. 180; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193 (Ont. C.A.), at p. 205, and *Sun Life Assurance Co. of Canada v. City of Montreal*, [1950] S.C.R. 220.

38 Market value generally is the exchange value of land, rather than its use value to the lessee. This distinction was articulated in *Bullock's, Inc. v. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958), at p. 188, where the lease "calls for a determination of the value of the land, not the value of the use of the land for any particular purpose". Land is valued without regard to the tenant's interest in it, for it does not reduce the land's exchange value if the tenant chooses not to use the land for its highest use. This case has been cited in Canada (e.g., *Revenue Properties, supra*) and the principle is part of Canadian law. It was applied in *Gulf Oil Canada Ltd. v. National Harbours Board*, F.C.T.D., No. T-1478-71, September 15, 1972, at p. 19, which was followed in *Burrard Dry Dock Co. v. Canada*, [1974] F.C.J. No. 417 (QL) (T.D.), at para. 9. Most recently, in *No. 100 Sail View Ventures Ltd. v. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, leave to appeal refused [1994] 2 S.C.R. viii, the majority of the British Columbia Court of Appeal held at p. 281 that the specific terms of a lease were not relevant when determining "fair market value of the Leased Premises as bare land" (emphasis added) for a rent review.

39 Like the Musqueam leases, the lease in *Bullock's, supra*, referred only to land value. The court held that if the parties "had intended anything *other than* market value, they would have

En droit immobilier, le mot «valeur» signifie généralement la juste valeur marchande du terrain, laquelle est fondée sur le prix dont un vendeur et un acheteur, [TRADUCTION] «tous deux bien informés et consentants», conviendraient pour le terrain sur un marché libre. Voir *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), à la p. 180; *Re Farlinger Developments Ltd. and Borough of East York* (1975), 61 D.L.R. (3d) 193 (C.A. Ont.), à la p. 205; et *Sun Life Assurance Co. of Canada c. City of Montreal*, [1950] R.C.S. 220.

La valeur marchande est généralement la valeur d'échange du terrain plutôt que sa valeur au titre de l'usage pour le preneur à bail. Cette distinction a été exprimée dans l'affaire *Bullock's, Inc. c. Security-First National Bank of Los Angeles*, 325 P.2d 185 (Cal. Dist. Ct. App. 1958), à la p. 188, où le bail [TRADUCTION] «prévoit la détermination de la valeur du terrain, et non pas de la valeur de l'utilisation du terrain à une fin particulière». Le terrain est évalué sans égard à l'intérêt du preneur à bail dans celui-ci, car sa valeur d'échange n'est pas réduite même si le preneur décide de ne pas en faire l'utilisation optimale. Cette décision a été mentionnée dans différentes affaires (par exemple *Revenue Properties, précitée*), et ce principe fait partie du droit canadien. Il a été appliqué dans l'affaire *Gulf Oil Canada Ltd. c. Conseil des ports nationaux*, CF. 1<sup>re</sup> inst., n° T-1478-71, 15 septembre 1972, à la p. 19, qui a été suivie dans *Burrard Dry Dock Co. c. Canada*, [1974] A.C.F. n° 417 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), au par. 9. Plus récemment, dans *No. 100 Sail View Ventures Ltd. c. Janwest Equities Ltd.* (1993), 84 B.C.L.R. (2d) 273, autorisation de pourvoi refusée, [1994] 2 R.C.S. viii, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a jugé, à la majorité, à la p. 281, que les conditions particulières d'un bail n'étaient pas pertinentes pour déterminer [TRADUCTION] «la juste valeur marchande des lieux loués comme terrain nu» (je souligne) aux fins de révision du loyer.

Tout comme les baux de Musqueam, le bail en cause dans l'affaire *Bullock's, précitée*, ne faisait état que de la valeur du terrain. La cour a jugé que, si les parties [TRADUCTION] «avaient eu l'intention

said so expressly" (p. 189 (emphasis in original)). This is true of the Musqueam leases as well. The leases do not refer to "current leasehold value" or to "the value of the land leased on the terms and conditions contained in this lease" as did the lease on reserve land in *Leighton, supra*. In the absence of any indication that the leasehold value is to be used to set the rent, "current land value" means freehold value.

The economic rationale for determining rent as a percentage of land value articulated by the Federal Court of Appeal is sound. As they explained at para. 20, "it is common in long-term leases to use a percentage of land value to determine annual rent". They accepted the view of Steele J. that "the fixing of rent for long term leases as a percentage of the market value of the land is a formula by which a conservative investor expects to receive, in return for accepting a modest return on his investment, a maximum of certainty and a minimum of risk" (*Revenue Properties, supra*, at p. 180). The rent represents the true return on the market value of the land. "It reflects the fact that the lessor could sell the land at its current land value and reinvest the proceeds at market rates of interest, if not subject to a long-term lease" (para. 20). The economic rationale of seeking a return on a capital asset through rent review clauses is recognized in Canadian law, in American law (*Bullock's, supra*, at p. 189) and in English law (R. E. Megarry and W. Wade, *The Law of Real Property* (6th ed. 2000), at para. 14-246, citing *British Gas Corp. v. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398 (Ch. D.), at p. 401).

Valuing the Musqueam land at its freehold value is consistent with an interpretation of the leases that sees the rent review clause as an attempt to

qu'une valeur *différente* de la valeur marchande soit utilisée, elles l'auraient dit expressément» (p. 189 (en italique dans l'original)). Il en va de même pour les baux de Musqueam. Les baux ne parlent pas de la «valeur courante de la propriété à bail» ou de «la valeur des terres louées selon les modalités du présent bail» comme le faisait le bail portant sur les terres de la réserve dans l'affaire *Leighton*, précitée. En l'absence d'indication selon laquelle la valeur du terrain comme propriété à bail doit être utilisée pour fixer le loyer, la «valeur courante du terrain» signifie sa valeur comme propriété franche.

La justification d'ordre économique invoquée par la Cour d'appel fédérale pour fixer le loyer selon un pourcentage de la valeur du terrain est bien fondée. Comme l'a expliqué la cour, au par. 20, «il est depuis longtemps d'usage dans les baux à long terme d'utiliser un pourcentage de la valeur du terrain pour déterminer le loyer annuel». Elle a accepté l'opinion du juge Steele que [TRADUCTION] «le fait, dans les baux à long terme, de fixer le loyer selon un pourcentage de la valeur marchande du terrain constitue une formule par laquelle un investisseur prudent s'attend, en contrepartie d'un rendement modeste sur son investissement, à un maximum de certitude et à un minimum de risques» (*Revenue Properties*, précité, à la p. 180). Le loyer constitue le véritable rendement sur la valeur marchande du terrain. «[Cette méthode] tient compte du fait que le bailleur pourrait vendre le terrain à sa valeur courante et réinvestir le produit aux taux d'intérêt en vigueur, si le terrain ne faisait pas l'objet d'un bail à long terme» (par. 20). Le bien-fondé économique du fait de chercher à tirer un revenu d'une immobilisation au moyen de clauses de révision du loyer est reconnu en droit canadien, en droit américain (*Bullock's*, précité, à la p. 189) et en droit anglais (R. E. Megarry et W. Wade, *The Law of Real Property* (6<sup>e</sup> éd. 2000), au par. 14-246, citant *British Gas Corp. c. Universities Superannuation Scheme Ltd.*, [1986] 1 W.L.R. 398 (Ch. D.), à la p. 401).

Le fait d'évaluer les terrains Musqueam selon leur valeur en tant que propriétés franches est conforme à l'interprétation des baux voulant que la

generate an annual fair market return on a capital asset. The freehold value better approximates this return than does the leasehold value. But this reasoning does not lead to the Federal Court of Appeal's conclusion that it must be the freehold value of land outside the reserve that should be used to determine the rent. On the contrary, the capital asset here is reserve land surrendered for leasing, not land surrendered for sale. The nature of the capital asset at issue is reserve land.

42 Some leases on reserves specify that off-reserve land values go directly into the rent calculation. In *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, and in *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.), for example, the leases require that comparison properties be "similar in area and character, but situate outside of the Reserve". Where the lease is clear, the Federal Court of Appeal is correct to insist that the courts adhere to the lease when determining rents. The Musqueam leases, however, do not specify that off-reserve land values should be used in the rent review formula.

43 To find that off-reserve values should be used, the Federal Court of Appeal reasoned, in essence, that market value is established through the sale of land, and that once reserve land is sold it loses its reserve features, so that the relevant market is that for non-reserve land. With respect, I find this reasoning circular. The hypothesis of sale is taken as changing the nature of the land appraised from land on reserve to land off reserve, whereas the hypothetical used to establish market value in the

clause de révision du loyer vise à tirer un juste rendement annuel d'une immobilisation. La valeur des terrains en tant que propriétés franches permet davantage d'obtenir un tel rendement que ne le fait la valeur des terrains en tant que propriétés à bail. Mais ce raisonnement n'amène pas à conclure, à l'instar de la Cour d'appel fédérale, qu'il faille utiliser la valeur de terrains situés à l'extérieur de la réserve en tant que propriétés franches pour déterminer le loyer. Au contraire, l'immobilisation en cause dans la présente affaire est constituée de terrains situés dans une réserve qui ont été cédés pour être loués et non pour être vendus. La nature de l'immobilisation en cause consiste en des terrains situés dans une réserve.

Certains baux portant sur des terrains situés dans une réserve précisent que la valeur de terrains situés hors de la réserve sert directement au calcul du loyer. Dans *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164, et dans *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), par exemple, les baux exigeaient que les propriétés servant à la comparaison soient «de dimensions et de nature similaires mais situé[es] à l'extérieur de la réserve». Dans les cas où le texte du bail est clair, la Cour d'appel fédérale a raison d'insister pour que les tribunaux s'y conforment lorsqu'ils déterminent le loyer. Toutefois, les baux de Musqueam ne précisent pas que la valeur de terrains situés hors de la réserve doit être utilisée dans la formule de révision du loyer.

Pour conclure que la valeur des terrains situés hors d'une réserve devait être utilisée, la Cour d'appel fédérale a essentiellement raisonné que la valeur marchande est établie par la vente du terrain et qu'une fois qu'un terrain situé dans une réserve est vendu, il perd les attributs que lui conférait le fait d'être situé dans la réserve, de sorte que le marché pertinent est celui des terrains non situés dans une réserve. En toute déférence, j'estime qu'il s'agit d'un raisonnement circulaire. On considère que l'hypothèse de la vente a pour effet de faire passer la nature du terrain évalué de terre située dans une réserve à terre située hors d'une réserve, alors que l'hypothèse utilisée pour établir la valeur

absence of an actual market should reflect the land as it is in its actual circumstances.

Interpreting "current land value" as the value of reserve land is consistent with the economic rationale identified above. It is land which is part of the reserve that the Band owns as a capital asset. Although the Band could surrender the land for sale, thereby excluding it from the reserve (and presumably achieve market prices for non-reserve land), it has not chosen to do so. The asset it holds is reserve land, for which it must accept the realities of the market. Thus, in my view, the leases in stipulating "current land value" refer to the value of freehold land on the reserve.

#### B. *Appraising the Freehold Value*

It is difficult to appraise the value of a hypothetical fee simple interest on the Musqueam reserve. The trial judge found as a fact that the fee simple value of comparable lands off the reserve was \$600,000 on average, and this finding was not disturbed by the Federal Court of Appeal. This figure was also accepted by expert appraisers for both parties; I accept it as well.

As I have explained above, the leases require the court to assess the value of a hypothetical fee simple ownership on the reserve. This value must reflect the legal restrictions on the land and market conditions. One cannot simply assume that either legal restrictions or market conditions are the same for reserve land as for off-reserve land. In fact, the legal restrictions on the reserve land differ from those on the comparable areas of Vancouver. So too the market may respond differently to Musqueam reserve land than it does to land off the reserve. To give effect to the leases, the land value

marchande en l'absence d'un véritable marché devrait refléter la situation réelle du terrain.

Interpréter la «valeur courante du terrain» comme étant la valeur d'un terrain situé dans une réserve est conforme à la justification économique mentionnée plus tôt. Il s'agit de terrains faisant partie de la réserve et que la Bande possède à titre d'immobilisation. La Bande aurait pu céder les terrains pour qu'ils soient vendus, les excluant ainsi de la réserve (pour obtenir vraisemblablement le prix du marché applicable aux terrains situés à l'extérieur de la réserve), mais elle a décidé de ne pas le faire. L'élément d'actif qu'elle détient consiste en des terrains situés dans une réserve, pour lesquels elle doit accepter les réalités du marché. Je suis donc d'avis que la stipulation des baux concernant la «valeur courante du terrain» fait référence à la valeur des terrains en tant que propriétés franches situées dans la réserve.

#### B. *Évaluation de la valeur des terrains en tant que propriétés franches*

Il est difficile d'évaluer la valeur d'un intérêt en fief simple hypothétique dans la réserve de Musqueam. Le juge de première instance a tiré la conclusion de fait que la valeur de terrains comparables détenus en fief simple et situés hors de la réserve s'élevait en moyenne à 600 000 \$, et cette conclusion n'a pas été modifiée par la Cour d'appel fédérale. Ce chiffre a aussi été accepté par les évaluateurs experts des parties; je l'accepte également.

Comme je l'ai expliqué précédemment, suivant les baux, la cour doit déterminer la valeur d'une hypothétique propriété en fief simple dans la réserve. Cette valeur doit refléter et les restrictions légales attachées aux terrains et les conditions du marché. Il est impossible de simplement supposer que les restrictions légales ou les conditions du marché sont les mêmes pour les terrains situés dans une réserve que pour ceux situés hors d'une réserve. En fait, les restrictions légales attachées aux terrains de la réserve diffèrent de celles visant les secteurs comparables de Vancouver. De plus, le marché peut réagir différemment à l'égard d'un terrain de la réserve de Musqueam qu'il ne le fait à

44

45

46

in the rent review clause must pertain to the actual land in question.

47

Legal restrictions on land use, as opposed to restrictions found in the lease, may affect the market value of freehold property. In *Revenue Properties, supra*, at p. 182, the court held that "[a]ll applicable statutes and laws relating to use such as zoning by-laws must be considered" when assessing land value. All three appraisers in the case at bar considered legal restrictions on land use, chiefly zoning, in their reports. This is consistent with professional appraisal practice in Canada. To determine land value, whether as vacant or as improved, the appraiser (unless otherwise instructed by the lease) considers the highest and best use that is "legally permissible, physically possible, financially feasible, and maximally productive". Legal impediments include "[p]rivate restrictions, zoning, building codes, historic district or other non-zoning land use controls, and environmental regulations" (Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 270).

48

The legal restrictions on land use imposed by a band on its land are analogous to land laws imposed by a municipal government. As the Federal Court of Appeal held in *The Queen v. Guerin*, [1983] 2 F.C. 656, at p. 719, which happened to concern the Musqueam Band, the *Indian Act*, R.S.C., 1985, c. 1-5, "confers on the Minister, the Governor in Council, and the band council certain powers of a local government nature for the management of the reserve". Subject to the *Indian Act*, the band council has some legislative powers to enact its own laws. Under s. 83, for example, this Band has enacted the *Musqueam Indian Band*

l'égard d'un terrain situé hors de la réserve. Pour donner effet au bail, la valeur du terrain utilisée dans la clause de révision du loyer doit correspondre au terrain en question.

Les restrictions légales en matière d'utilisation du territoire, par opposition aux restrictions prévues par le bail, peuvent influencer la valeur marchande d'une propriété franche. Dans l'affaire *Revenue Properties*, précitée, à la p. 182, le tribunal a conclu que [TRADUCTION] «[f]outes les lois et autres règles de droit régissant l'utilisation du territoire, comme les règlements de zonage, doivent être prises en considération» dans la détermination de la valeur du terrain. En l'espèce, les trois évaluateurs ont tenu compte dans leurs rapports des restrictions légales en matière d'utilisation du territoire, principalement du zonage. Cette façon de faire est conforme à la pratique des évaluateurs professionnels au Canada. Pour déterminer la valeur d'un terrain, qu'il soit vacant ou amélioré, l'évaluateur (sauf stipulation contraire du bail) tient compte de l'utilisation optimale qui est [TRADUCTION] «légalement autorisée, physiquement possible et financièrement réalisable, et qui permet une productivité maximale». Parmi les empêchements d'ordre légal, mentionnons [TRADUCTION] «[l]es restrictions de nature privée, le zonage, les codes du bâtiment, les arrondissements historiques ou les autres mesures de contrôle de l'utilisation du territoire non liées au zonage, ainsi que les règlements environnementaux» (Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 270).

Les restrictions imposées par une bande en matière d'utilisation de son territoire sont analogues à la réglementation en la matière établies par les administrations municipales. Comme a conclu la Cour d'appel fédérale dans *La Reine c. Guerin*, [1983] 2 C.F. 656, à la p. 719, qui concernait justement la Bande de Musqueam, la *Loi sur les Indiens*, L.R.C. (1985), ch. 1-5, «attribue au ministre, au gouverneur en conseil et au conseil de bande, certains pouvoirs d'administration de la réserve qui participent de la nature d'un gouvernement local». Sous réserve des dispositions pertinentes de la *Loi sur les Indiens*, les conseils de

*Assessment By-Law and the Musqueam Indian Band Taxation By-Law*. The decision about whether to surrender reserve land for leasing or for sale is a formal decision made by the Band under ss. 37-39 of the *Indian Act*. The decision derives from legislative power, and is not analogous to restrictions on land contained in a lease, which are based on contract. The legal environment on a reserve should therefore be taken into account when appraising the land's value. Of course, like municipal zoning, band restrictions could either increase or decrease land value depending on how the market responds to them. In *Devil's Gap Cottages*, *supra*, Strayer J. (as he then was) noted that favourable zoning on that reserve increased its value dramatically over non-reserve land.

Like the trial judge, I am therefore of the opinion that the fee simple off-reserve value cannot simply be transposed to the Musqueam land. The chief difficulty in assessing the value of the Musqueam land is that there can be no actual market for the value expressed in the leases. As soon as reserve land is surrendered for sale, it loses its reserve features. There can therefore be no such thing as fee simple title on reserve land. To approximate it, one must use a hypothetical value. In this case, the value can be determined by adapting the off-reserve value to take into account the actual features of the land and of the market.

Because the direct comparison approach to land appraisal is not available here, the trial judge took

bande disposent de certains pouvoirs de réglementation. En vertu de l'art. 83, par exemple, la bande en cause a pris les règlements administratifs intitulés *Musqueam Indian Band Assessment By-Law* et *Musqueam Indian Band Taxation By-Law*. La décision de céder des terres faisant partie d'une réserve aux fins de vente ou de location doit être prise formellement par la bande concernée en application des art. 37 à 39 de la *Loi sur les Indiens*. Une telle décision découle de pouvoirs d'ordre législatif et n'est pas analogue aux restrictions en matière d'utilisation du territoire prévues par un bail, restrictions qui sont, elles, de nature contractuelle. Le contexte juridique d'une réserve doit donc être pris en considération dans l'appréciation de la valeur des terres qui en font partie. Évidemment, tout comme les règlements de zonage des municipalités, les restrictions imposées par une bande peuvent faire augmenter ou diminuer la valeur des terrains selon la réaction du marché à l'égard de ces restrictions. Dans l'affaire *Devil's Gap Cottages*, précitée, le juge Strayer (maintenant juge à la Cour d'appel fédérale) a souligné que le zonage favorable en vigueur dans cette réserve avait pour effet de faire augmenter considérablement sa valeur par rapport aux terrains non situés dans la réserve.

À l'instar du juge de première instance, je suis donc d'avis que la valeur des terrains hors réserve détenus en fief simple n'est tout simplement pas transposable aux terrains de Musqueam. La principale difficulté liée à l'évaluation des terrains de Musqueam est le fait qu'il ne saurait exister de marché réel eu égard à la valeur exprimée dans les baux. Dès qu'un terrain d'une réserve est cédé pour être vendu, il perd les attributs que lui conférerait le fait qu'il était situé dans une réserve. Un titre en fief simple sur un terrain situé dans une réserve est donc quelque chose qui ne peut exister. Pour s'en approcher, il faut utiliser une valeur hypothétique. En l'espèce, cette valeur peut être déterminée en ajustant la valeur de terrains hors réserve pour tenir compte des caractéristiques réelles des terrains et du marché.

Puisque la technique de la parité ne peut pas être appliquée en l'espèce pour déterminer la valeur

the fee simple value for comparable non-reserve land of roughly \$600,000 per lot. He then found at para. 86 that "[t]he actual value of such serviced land having regard to the long-term leasehold interest and Indian reserve features pertaining to it would be approximately 50% of the fee simple values".

51 The trial judge derived the 50 percent rate from a comparison of the sale of 99-year pre-paid leasehold interests in another subdivision on the Musqueam reserve, Salish Park, to comparable off-reserve properties. The Salish Park properties were worth 50 percent less than the comparables. Because the leasehold and reserve features are similar for Salish Park and for Musqueam Park, the trial judge found that the 50 percent rate was transportable, and applied it to the Musqueam comparables.

52 The Salish properties are leasehold, not freehold, interests. Discounting the land because of its leasehold features is an error in law for, as I have explained above, "current land value" means freehold and not leasehold value. But this distinction does not significantly affect the market value of the land. The trial judge accepted the appraisers' shared view that at the start of a long-term lease, "there is no discernable difference between the value of leasehold and freehold interests" (para. 57). On the basis of the cross-examination of the appraisers, including the appraiser for the Band, the trial judge also established that the Salish Park leases were "a good proxy" (para. 67) for the Musqueam leases notwithstanding the fact that the unexpired term was only 78 years and not 99 years. It is worth noting that the amount of the reduction of 50 percent was not disputed before this Court. There were no submissions on the point. Although I would not disturb the trial judge's finding of a 50 percent reduction in this case, it does not follow that land on a reserve will

des terrains, le juge de première instance s'est basé sur la valeur d'un terrain hors réserve comparable détenu en fief simple, soit environ 600 000 \$ par lot. Il a ensuite estimé, au par. 98, que «[l]a valeur réelle de ce terrain viabilisé, compte tenu des droits de tenure à bail à long terme s'y rattachant et du fait qu'il se trouve sur une réserve indienne, correspondrait à environ 50% de la valeur qu'il atteindrait comme propriété en fief simple».

Le juge de première instance a tiré le taux de 50 pour 100 d'une comparaison de la vente d'intérêts à bail de 99 ans, payés par anticipation, situés dans un autre lotissement de la réserve de Musqueam, le parc Salish, avec la vente de propriétés comparables hors de la réserve. La valeur des propriétés du parc Salish était inférieure de 50 pour 100 à celle des propriétés comparables. Puisque la tenure à bail et le fait d'être situées dans une réserve sont des facteurs communs aux propriétés du parc Salish et à celles du parc Musqueam, le juge de première instance a estimé que le taux de 50 pour 100 était transposable, et il l'a appliqué aux propriétés de Musqueam comparables.

Les propriétés de Salish sont des intérêts à bail et non des intérêts francs. Le fait de réduire la valeur du terrain parce qu'il possède les attributs d'un intérêt à bail constitue une erreur de droit, car, comme je l'ai expliqué précédemment, la «valeur courante du terrain» signifie sa valeur en tant que propriété franche et non comme propriété à bail. Cependant, cette distinction n'a pas d'effet appréciable quant à la valeur marchande du terrain. Le juge de première instance a accepté l'opinion commune des évaluateurs selon laquelle, au début d'un bail à long terme, «il n'y a pas de différence perceptible entre la valeur d'un domaine à bail et celle d'un domaine franc» (par. 68). À la lumière du contre-interrogatoire des évaluateurs, y compris celui de la Bande, le juge de première instance a également reconnu que les baux du parc Salish constituaient «un bon point de comparaison» (par. 78) pour ceux de Musqueam, malgré le fait que les premiers avaient un terme à courir de 78 ans seulement plutôt que de 99 ans. Il convient de signaler que l'ampleur de la réduction, soit 50 pour

necessarily bear that discount. It will be a question of fact what, if any, discount should be applied.

I find no error in the trial judge's findings on this question of fact, and agree that in 1995, the 50 percent reduction in value reflected the market value of the Musqueam reserve land. The trial judge accepted the evidence of the professional appraisers who testified at trial (both Mr. Johnston for the Band and Mr. Oikawa for the leaseholders, as well as the City of Vancouver Assessor Mr. Jones) who all agreed that uncertainty lowered the market price of the Musqueam lands. This fact cannot be dismissed or ignored. In the future, the market may respond differently. But when the market perceives uncertainty, it is cold comfort to the lessor to believe that the lessees' fears are unwarranted. The market value of the Musqueam lands in 1995 having been found to be 50 percent of that of comparable off-reserve lots, the rent should be based on this value as being their current land value under the terms of the leases.

### *C. Servicing Costs*

The leases list four factors in the rent review section which are to be taken into account in determining the "current land value." Clause 2(2)(a) requires that one assume that the lands are "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement". The Band cross-appeals on me meaning of "this agreement" and on whether "unimproved" means simply without buildings or whether it means without services as well. If the latter, some amount must be deducted

100, n'a pas été contestée devant notre Cour. Aucune observation n'a été présentée sur ce point. Quoique je n'entende pas modifier la conclusion du juge de première instance quant au bien-fondé d'une réduction de 50 pour 100 en l'espèce, il ne s'ensuit pas que ce chiffre s'applique nécessairement aux terres situées dans les réserves. La question de l'ampleur de la réduction qui devrait être appliquée, voire de l'opportunité d'une réduction, est une question de fait.

Je ne vois aucune erreur dans les conclusions du juge de première instance sur cette question de fait, et j'accepte que, en 1995, la réduction de 50 pour 100 de la valeur reflétait la valeur marchande des terrains de la réserve de Musqueam. Le juge de première instance a accepté la preuve des évaluateurs professionnels qui ont témoigné au procès (M. Johnston pour la Bande, M. Oikawa pour les preneurs à bail, de même que M. Jones, l'évaluateur de la ville de Vancouver), lesquels étaient tous d'accord sur le fait que l'incertitude faisait baisser la valeur marchande des terrains de Musqueam. On ne peut pas écarter ce fait ni en faire abstraction. Il est possible que, dans le futur, le marché réagisse différemment. Mais, lorsque le marché ressent de l'incertitude, c'est une bien piètre consolation pour le bailleur de se dire que les craintes des preneurs à bail sont injustifiées. Puisqu'il a été jugé que la valeur marchande des terrains de Musqueam en 1995 était inférieure de 50 pour 100 à celle de lots comparables hors de la réserve, le loyer doit être basé sur cette valeur, à titre de valeur courante au sens des conditions des baux.

### *C. Les frais de viabilisation*

Dans la partie portant sur la révision du loyer, les baux énumèrent quatre facteurs qui doivent être pris en considération dans la détermination de la [TRADUCTION] «valeur courante du terrain». Aux termes de l'art. 2(2)a), il faut présumer que les terrains sont [TRADUCTION] «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente». La Bande interjette un pourvoi incident relativement à la signification de l'expression «la présente entente» et à la question de savoir si l'expression «non améliorés» signifie simplement non bâtis ou si elle signifie également

from the "current land value" notionally to return the land to its unserviced condition.

55

The debate in the courts below about whether "this agreement" refers to the Master Agreement or to the leases turns out to be irrelevant, given my decision on the meaning of "unimproved" land. On the basis of the plain meaning of the word "unimproved" and of its use in the leases, I conclude that "unimproved lands" means "unserviced" lands, not just lands without buildings. As the Federal Court of Appeal noted, *Black's Law Dictionary*, 6th éd., (at page 757) defines 'improved land' as '(r)real estate whose value has been increased by landscaping and the addition of sewers, roads, utilities, and the like'. Similarly, the term 'improvement' generally refers 'to buildings, but may also include any permanent structure or other development, such as a street, sidewalks, sewers, utilities, etc.'" (para. 87). In *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657 (H.C.), the court found that the word "unimproved" in the context of the *Assessment Act* related to the "ordinary and natural" meaning of "improvement" as in "making... better" (p. 661). The court rejected "the contention that unimproved land as distinguished from improved land means land without buildings erected thereupon" (p. 662).

56

In the Musqueam leases, the word "improvement" is used to refer to things other than buildings. Clause 8(a), for example, refers to "any buildings ... and... such other improvements, including construction of roads, water, sewer, electricity and/or gas systems". Similar phrases are found throughout the leases. Improvements include services, and conversely "unimproved" means without services. The internal coherence of the

non viabilisés. Dans ce dernier cas, il faudrait déduire une certaine somme de la «valeur courante du terrain» pour remettre théoriquement le terrain dans l'état où il était avant d'être viabilisé.

Le débat devant les juridictions inférieures au sujet de la question de savoir si l'expression «la présente entente» réfère à l'entente cadre ou aux baux perd sa pertinence compte tenu de ma décision sur le sens de l'expression terrains «non améliorés». À la lumière du sens ordinaire du terme «non améliorés» et de son utilisation dans les baux, j'en arrive à la conclusion que l'expression «terrains non améliorés» s'entend de terrains «non viabilisés», et non pas seulement de terrains non bâtis. Comme l'a souligné la Cour d'appel, «le *Black's Law Dictionary*, 6<sup>e</sup> éd., (à la page 757), définit l'expression [TRADUCTION] «terrain amélioré» comme étant un [TRADUCTION] «immeuble dont la valeur a été augmentée par l'aménagement paysager et par la construction d'égouts, de routes, de services d'utilité publique et autres». De même, le terme «amélioration» renvoie généralement [TRADUCTION] «à des immeubles, mais il peut également inclure toute structure permanente ou autre aménagement, comme des rues, des trottoirs, des égouts, des services d'utilité publique, etc.» (par. 87). Dans *Re Planet Parking Ltd. and Assessment Commissioner of Metropolitan Toronto*, [1970] 3 O.R. 657 (H.C.), la cour a jugé que, dans le contexte de la loi intitulée *Assessment Act*, l'expression «non amélioré» s'entendait au sens [TRADUCTION] «ordinaire et naturel» du mot «amélioration», savoir «rendre [...] meilleur» (p. 661). La cour a rejeté [TRADUCTION] «l'argument selon lequel des terrains non améliorés sont des terrains sur lesquels, contrairement aux terrains améliorés, il ne s'élève aucun bâtiment» (p. 662).

Dans les baux de Musqueam, le mot «amélioration» est utilisé pour désigner non seulement des bâtiments mais aussi autres choses. À l'alinéa 8a), par exemple, on parle de [TRADUCTION] «tout bâtiment [...] et [...] toute autre amélioration, notamment la construction de routes et de réseaux d'aqueducs, d'égouts, d'électricité ou de gaz». Des expressions semblables sont utilisées un peu partout dans les baux. Le mot «amélioration» inclut

rent review clause also supports the view that "unimproved" means unserviced. The leases were signed before any buildings were built, so the word "unimproved" would have added nothing to the phrase "unimproved lands in the same state as they were on the date of this agreement" unless it referred to the pre-existing servicing.

Because I accept the lower land value found by the trial judge rather than the higher value of the Federal Court of Appeal, I would deduct the lower cost of servicing the land, as did the trial judge. This amounts to \$117,818 per lot.

#### VI. Conclusion

I would allow the appeal and dismiss the cross-appeal, both with costs.

The following are the reasons delivered by

BASTARACHE J. — I have read the reasons of the Chief Justice and of Justice Gonthier. Although I agree with the result reached by Gonthier J. and his reasons regarding the deductibility of servicing costs, I reach my conclusions with regard to the main issue, i.e. the meaning of "current land value" in the leases, for different reasons. I will briefly explain my reasoning.

The Chief Justice disagrees with Gonthier J. because, in her opinion, he has chosen to ascribe to the land a value based on the existence of a hypothetical on-reserve fee simple — hypothetical because there can be no fee simple title in reserve land. The Chief Justice argues that since the Musqueam Indian Band ("Band") has the power to sell its land in fee simple, even if it has not chosen to do so, the value of the land should be viewed as if it were held under a fee simple title *simpliciter*.

les services et, à l'inverse, «non améliorés» signifie sans services. La logique interne de la clause de révision du loyer appuie également l'opinion selon laquelle «non améliorés» signifie non viabilisés. Les baux ont été signés avant que quelque bâtiment que ce soit n'ait été construit, de sorte que les mots «non améliorés» n'auraient rien ajouté au paragraphe «des terrains non améliorés se trouvant dans l'état où ils étaient à la date de la présente entente» s'ils n'avaient pas fait référence aux services déjà existants.

Puisque j'accepte la valeur inférieure des terrains à laquelle a conclu le juge de première instance plutôt que la valeur supérieure retenue par la Cour d'appel, je suis d'avis de déduire les moins élevés des frais de viabilisation soumis, tout comme l'a fait le juge de première instance. Ces frais s'élèvent à 117 818 \$ par lot.

#### VI. Conclusion

J'accueillerais le pourvoi et je rejetterais le pourvoi incident, le tout avec dépens.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BASTARACHE — J'ai lu les motifs du Juge en chef et ceux du juge Gonthier. Bien que je sois d'accord avec le résultat auquel arrive le juge Gonthier ainsi qu'avec ses motifs sur la question de la déductibilité des frais de viabilisation, mes conclusions sur la question principale, c'est-à-dire la signification de la «valeur courante du terrain» dans les divers baux, reposent sur des motifs différents. Je vais expliquer brièvement mon raisonnement.

Le Juge en chef est en désaccord avec le juge Gonthier parce que, selon elle, celui-ci a décidé d'attribuer aux terrains une valeur fondée sur l'existence d'un hypothétique titre en fief simple touchant les terres de la réserve — hypothétique car de telles terres ne peuvent être détenues en vertu d'un titre en fief simple. Le Juge en chef affirme que, puisque la Bande indienne de Musqueam («Bande») a le pouvoir de vendre ses terres en fief simple, même si elle n'a pas décidé

57

58

59

60

It is unlikely that the parties would ever have intended a hybrid freehold or fee simple land with its value calculated so as to include its reserve status. This hypothetical title requires attributing to the parties a far too unusual formulation when there is no indication that it was in fact intended by them. However, I cannot agree with the reasoning of the Chief Justice when she posits that the land must be valued as though it were not reserve land but had been converted to land held in fee simple. I believe that the fee simple value ascribed by the Chief Justice is also based on a hypothetical title.

61 It is my view that the "current land value" should be calculated as leasehold land, including its status as reserve land because (i) this is the best description of what the land in fact is, and (ii) this is consistent with the parties' intentions.

#### I. What the Land in Fact Is

62 The Master Agreement, in which the Crown agreed to provide the individual leases, describes the land subject to the leases as situated on the reserve. The Chief Justice ignores the location of the land in her valuation, ascribing to it a value that could only be real if the land were situated within the City of Vancouver and held in fee simple. This is not the case. While it is true that the Band could decide to sell its land in fee simple and pursue the goal of having the land integrated into the City of Vancouver, it has not in fact chosen to do so. It has not converted the land to land held in fee simple, nor has it changed its character as land situated within a reserve. The land to be valued is, therefore, reserve land.

de le faire, la valeur des terrains doit être déterminée comme si ceux-ci étaient détenus en vertu d'un titre en fief *simpliciter*. Il est improbable que les parties aient voulu que les terrains soient considérés en vertu d'un titre hybride comme des propriétés franches ou en fief simple dont la valeur serait calculée en tenant compte du fait qu'ils sont situés dans une réserve. Ce titre hypothétique exige que l'on attribue aux parties une description de la situation beaucoup trop inhabituelle, alors que rien n'indique que telle était en fait leur intention. Toutefois, je ne peux souscrire au raisonnement du Juge en chef lorsqu'elle postule que les terrains doivent être évalués comme s'ils n'étaient pas situés dans une réserve et comme s'ils avaient été convertis en terrains détenus en fief simple. J'estime que la valeur attribuée aux terrains comme propriétés en fief simples par le Juge en chef est également fondée sur un titre hypothétique.

Je suis d'avis que la «valeur courante du terrain» doit être calculée en considérant les terrains comme des propriétés à bail et en tenant compte du fait qu'ils sont situés dans une réserve, et ce pour les motifs suivants: (i) il s'agit de la meilleure description de ce que sont les terrains dans les faits; (ii) cette façon de faire est conforme à l'intention des parties.

#### I. Ce que sont les terrains dans les faits

Dans l'entente cadre, où la Couronne a accepté de fournir les différents baux, les terrains faisant l'objet de ces baux sont décrits comme des terrains situés dans la réserve. Le Juge en chef ne tient pas compte de l'emplacement des terrains dans son évaluation et elle leur attribue une valeur qui ne pourrait être réelle que s'ils se trouvaient dans la ville de Vancouver et s'ils étaient détenus en fief simple. Ce n'est pas le cas. Bien qu'il soit vrai que la Bande pourrait décider de vendre ses terrains en fief simple et chercher à les faire intégrer à la ville de Vancouver, elle n'a pas, dans les faits, choisi d'agir ainsi. Elle n'a pas converti les terrains en propriétés détenues en fief simple, ni changé le fait qu'ils se trouvent dans une réserve. Les terrains à évaluer sont donc des terrains situés dans une réserve.

This is important because the location of the land and its status as reserve land has an important impact on its value. If the land were not reserve land but fell outside of the city's limits or were part of another municipality or a region without a municipal government, this would be considered in the valuation process. The same is true in the case where the land is reserve land. In other words, the trial judge was correct to accept expert evidence that allowed for the possibility that uncertainty related to property taxation, political unrest, services such as garbage collection, etc. should be taken into consideration when assessing the value of the land. As Gonthier J. points out, the fact that the land is on a reserve can either decrease or increase land value depending on how the market responds to it, noting an instance where favourable zoning on a reserve increased its value over non-reserve land (at para. 48).

The land to be valued in this case is not land held in fee simple and it should not be treated as such. It is land held under a long-term lease, a type of holding that makes sense in the context of a reserve. This is important in view of the fact that "[a] market value appraisal is always a valuation of specified rights in the subject property, not the physical real estate" (Appraisal Institute of Canada, *The Appraisal of Real Estate* (Canadian ed. 1999), at p. 17 (emphasis added)), i.e., not the value that the property can conceivably bear, but what it in fact bears given the nature of the specific rights in it. The fact that the fee simple value is generally used to determine the value of property reflects the fact that this is generally the highest form of property possible. In the exceptional case of reserve lands, this is not the situation. The highest form of individual property possible is the long-term lease. The total value of the land would consist of the value of the lease and of the reversion. But this does not pose a problem in this case because the trial judge found that a long-term lease, in its first years, was equivalent in value to a

Ce fait est important parce que l'emplacement des terrains et leur qualité de terrains situés dans une réserve ont une incidence importante sur leur valeur. Si les terrains n'étaient pas situés dans une réserve, mais se trouvaient à l'extérieur des limites de la ville ou faisaient partie d'une autre municipalité ou d'une région ne relevant pas d'une administration municipale, ce fait serait pris en considération dans le processus d'évaluation. Il en est de même lorsque les terrains sont situés dans une réserve. En d'autres mots, le juge de première instance a eu raison d'accepter la preuve d'expert selon laquelle la possibilité que l'incertitude relative aux impôts fonciers, l'agitation politique et les services telle la cueillette des ordures doivent être pris en considération dans l'évaluation des terrains. Comme le souligne le juge Gonthier, le fait que des terrains soient situés dans une réserve peut faire diminuer ou augmenter leur valeur selon la réaction du marché à ce facteur. Il signale un cas où une mesure de zonage favorable dans une réserve a fait hausser la valeur des terrains de celle-ci par rapport à celle des terrains non situés dans la réserve (au par. 48).

Les terrains à évaluer en l'espèce ne sont pas des terrains détenus en fief simple et ils ne doivent pas être traités comme tels. D s'agit de terrains détenus en vertu d'un bail à long terme, genre de tenure qui est logique dans le contexte d'une réserve. Il s'agit d'un aspect important compte tenu du fait que [TRADUCTION] «[l]'appréciation de la valeur marchande est toujours l'évaluation de droits déterminés dans la propriété visée, et non du bien immeuble lui-même» (Institut canadien des évaluateurs, *The Appraisal of Real Estate* (éd. canadienne 1999), à la p. 17 (je souligne)), c'est-à-dire non pas la valeur que cette propriété pourrait avoir en théorie, mais plutôt celle qu'elle a réellement eu égard à la nature des droits particuliers y afférents. Le fait que la valeur en tant que propriété en fief simple soit généralement utilisée pour déterminer la valeur d'un bien reflète le fait qu'il s'agit généralement de la forme de propriété la plus complète possible. Dans le cas exceptionnel des terrains situés dans une réserve, ce n'est toutefois pas le cas. La forme de propriété individuelle la plus complète possible est le bail à long terme.

fee simple. He therefore decided that it was possible to use lands held in fee simple as comparators to establish the value of the land subject to the Musqueam leases.

La valeur totale des terrains serait la valeur du bail et de la réversion. Mais cela ne constitue pas un problème en l'espèce puisque le juge de première instance a estimé que, au cours des premières années d'un bail à long terme, celui-ci a une valeur équivalente à celle d'un titre en fief simple. D a donc jugé qu'il était possible d'utiliser les terrains détenus en fief simple comme éléments de comparaison pour déterminer la valeur des terrains faisant l'objet des baux de Musqueam.

65

Just as the value of the land may depend on "custom, encumbrances, and conditions" (Appraisal Institute of Canada, *supra*, at p. 17), as the Chief Justice states, it must also reflect the legal restrictions on the land. While the Chief Justice states that "the fact that [the] land is part of a reserve is not a legal restriction" (para. 14), the legal regime that affects the use of the land and the rights and privileges of the holders of the land is, in my view, part of those restrictions. As stated in *Revenue Properties Co. v. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (Ont. Div. Ct.), fair market value is "intended to capture periodically the capital value of the property but as affected by legislation relating to the land and by the very nature of the agreement entered into by the parties" (p. 187). As the trial judge puts it, the land "retains its character as land reserved for Indians with all the benefits and limitations flowing from that character" ((1997), 137 F.T.R. 1, at para. 36). I do not agree that the power of the Band to modify unilaterally such restrictions by converting the lands to fee simple lands means that while the restrictions exist they can be ignored. For example, if leased land is subject to a restrictive covenant in favour of the owner, it would affect the value of the land regardless of the fact that the owner could at any time release the lessee from the obligation to abide by the terms of the covenant. If a restriction exists that affects the value of land, it exists. It would be improper to hypothesise that it does not exist. It is true that an absolute surrender of the land would extinguish the Band's interest and cause the land to lose its character as reserve land. However, the nature of the interest would in that case be radically different. This hypothetical situation cannot be used to create the interest to be valued. The val-

Au même titre qu'elle peut dépendre [TRADUCTION] «de la coutume, des charges et des conditions» (Institut canadien des évaluateurs, *op. cit.*, à la p. 17), comme l'indique le Juge en chef, la valeur des terrains doit également refléter les restrictions légales l'assujettissant. Quoique le Juge en chef affirme que «le fait que les terrains fassent partie d'une réserve ne constitue pas une restriction légale» (par. 14), le régime juridique touchant leur utilisation ainsi que les droits et privilèges des détenteurs des terrains font partie de ces restrictions à mon avis. Comme l'a dit le tribunal dans *Revenue Properties Co. c. Victoria University* (1993), 101 D.L.R. (4th) 172 (C. div. Ont.), la juste valeur marchande [TRADUCTION] «vise à établir périodiquement la valeur en capital de la propriété tout en tenant compte des effets de la législation touchant cette propriété et de la nature même de l'entente conclue par les parties» (p. 187). Comme l'a dit le juge de première instance, le terrain «demeure une terre réservée aux Indiens et comporte tous les avantages et restrictions découlant de cette nature» ([1997] A.C.F. n° 1339 (QL), au par. 44). Je ne suis pas d'accord avec l'opinion que le pouvoir de la Bande de modifier unilatéralement ces restrictions en convertissant les terrains en propriétés détenues en fief simple signifie qu'il est possible de faire abstraction de ces restrictions pendant qu'elles existent. Par exemple, si un terrain loué fait l'objet d'un covenant restrictif en faveur du propriétaire, cela influence la valeur du terrain malgré le fait que le propriétaire peut en tout temps libérer le preneur à bail de l'obligation de se conformer aux modalités de cette clause. S'il y a une restriction qui influence la valeur d'un terrain, cette restriction existe. D serait inapproprié de supposer qu'elle n'existe pas. Il est vrai que la

ued land retains its character as land reserved for Indians and this status is relevant for the purposes of rent review.

#### H. What the Parties' Intentions Indicate

In addition to the fact that the preamble to the Master Agreement refers to the leased land within the reserve, the idea that the parties intended "current land value" to refer to the value of the land as leased reserve land is, in my view, more consistent with what the parties to the agreement intended than the claim that it was meant to refer to the value of the land if it were sold in fee simple. The centrality of the parties' intentions to the interpretation of a contract such as this one demands that this issue be given prominence.

Sexton J.A. at the Federal Court of Appeal argued that if the parties had intended the rent review clause to refer to the value of a leasehold on reserve property, they would have used a more specific phrase, such as "current leasehold value" ([1999] 2 F.C. 138, at para. 19). He also stated that since long-standing practice is to value the land at its fee simple value (a question I have addressed earlier in these reasons), if something else like the leasehold value of reserve land had been intended, it would have been stated expressly (para. 21). Moreover, it would have been odd for the Band not to be protecting its return on a capital asset by designating the fee simple Value of comparable non-reserve land with the phrase "current land value" (paras. 25 and 26). These reasons are adopted by the Chief Justice in her interpretation of the parties' intentions who adds the point that

cession absolue des terrains éteindrait l'intérêt de la Bande dans ceux-ci et leur ferait perdre leur nature de terrains situés dans une réserve. Toutefois, la nature de l'intérêt serait alors entièrement différente. Cette situation hypothétique ne peut être utilisée pour créer l'intérêt à évaluer. Les terrains évalués conservent leur caractère de terres réservées aux Indiens, et cette qualité est pertinente pour la révision du loyer.

#### U. Ce qu'indique l'intention des parties

Honnis le fait que le préambule de l'entente cadre fait référence aux terrains loués situés dans la réserve, l'idée que les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» signifie la valeur du terrain en tant que terrain loué situé dans la réserve est, à mon avis, davantage compatible avec ce que les parties à l'entente voulaient qu'avec la prétention que cette expression vise la valeur du terrain s'il était vendu en fief simple. L'intention des parties étant cruciale pour l'interprétation d'un contrat comme celui qui nous intéresse commande que l'on accorde une importance prédominante à cette question.

Le juge Sexton de la Cour d'appel fédérale a estimé que, si les parties avaient voulu que la clause de révision du loyer fasse référence à la valeur d'une propriété à bail dans la réserve, elles auraient utilisé une expression plus précise, comme la «valeur courante de la propriété à bail» ([1999] 2 CF. 138, au par. 19). Il a également dit que, puisque la technique utilisée depuis longtemps consiste à évaluer le terrain selon sa valeur en tant que propriété en fief simple (question que j'ai examinée plus tôt dans les présents motifs), on l'aurait dit expressément si on avait voulu fonder l'évaluation sur autre chose que la valeur comme propriété à bail d'un terrain situé dans la réserve (par. 21). De plus, il aurait été curieux que la bande ne protège pas le rendement qu'elle tire d'une immobilisation en utilisant l'expression «valeur courante du terrain» pour désigner la valeur d'un terrain comparable détenu en fief simple hors de la réserve (par. 25 et 26). Le Juge en chef fait siens ces motifs dans son interprétation de l'intention des parties, ajoutant qu'une

such designation is mutually beneficial to both parties to the agreement.

68

However, it appears to be more plausible to say that the parties intended "current land value" to be interpreted and guided by what it in fact is, namely, a leasehold interest in reserve land and, in my view, this is what the parties in fact intended. As the trial judge put it, "there is no suggestion in the leases that the 'current land value' refers to anything other than the actual value of the land which forms the subject of the leases" (para. 29). And while it is true that "[i]n most leases, words such as 'current land value' will be taken to mean the freehold value" (para. 37), this is not a value based on an unencumbered right. Indeed, the interpretation favouring a valuation based on the land as leased reserve land would indicate a true intention to map the value of the lease to current market values, i.e., to ensure, as the Chief Justice puts it, that the "leases will reflect the contemporary market" (para. 11). However, this should be understood as the market for long-term leases of Indian reserve land. The relevant market here is not the market for the sale of unencumbered land held in fee simple. The case law indicates that comparisons with non-reserve values should only be used where clear language to that effect is adopted by the parties; see *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. v. Canada*, [1991] F.C.J. No. 1142 (QL) (T.D.), and *Rodgers v. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164. Hence, I underscore that where the parties chose to make assumptions which would be taken into account in the valuation of the land, they included them in the lease at clause 2(2). I see no justification for reading in any further assumptions and respectfully disagree with the Chief Justice's comments on this issue and her discussion of the cases where specific assumptions with regard to location were included in band leases.

telle désignation est mutuellement bénéfique à toutes les parties à l'entente.

Toutefois, il paraît plus plausible de dire que les parties entendaient que la «valeur courante du terrain» soit interprétée et déterminée en fonction de ce qu'elle est en réalité, savoir un intérêt à bail dans un terrain faisant partie d'une réserve, et, à mon avis, c'était là la véritable intention des parties. Comme l'a dit le juge de première instance, «il n'est nullement sous-entendu dans les baux que la «valeur courante du terrain» renvoie à autre chose que la valeur réelle du terrain visé par les baux en question» (par. 31). De plus, bien qu'il soit vrai que, «[d]ans la plupart des cas, la «valeur courante du terrain» sera assimilée à la valeur de celui-ci comme propriété franche» (par. 45), il ne s'agit pas d'une valeur fondée sur un droit libre de toute charge. De fait, l'interprétation favorisant l'évaluation fondée sur le fait qu'il s'agit d'un terrain loué situé dans une réserve témoigne d'une véritable intention de fixer la valeur du bail en fonction de la valeur marchande courante, c'est-à-dire de faire en sorte, comme le dit le Juge en chef, que le «bail [. . .] reflète le marché contemporain» (par. 11). Cependant, il faut considérer qu'il s'agit là du marché de la location à long terme de terrains situés dans des réserves indiennes. Le marché pertinent en l'espèce n'est pas le marché de la vente de terrains libres de toute charge et détenus en fief simple. La jurisprudence indique qu'il ne faut recourir aux comparaisons avec la valeur de terrains hors réserve que dans les cas où les parties se sont clairement exprimées en ce sens: voir *Devil's Gap Cottages (1982) Ltd. c. Canada*, [1991] A.C.F. n° 1142 (QL) (1<sup>re</sup> inst.), et *Rodgers c. Canada* (1993), 74 F.T.R. 164. Par conséquent, je tiens à souligner que, dans les cas où les parties ont choisi de poser des hypothèses devant être prises en considération dans l'évaluation des terrains, elles les ont énoncées au par. 2(2) du bail. Je ne vois aucune raison d'ajouter d'autres hypothèses et, en toute déférence, je suis en désaccord avec les observations du Juge en chef sur cette question, ainsi qu'avec son analyse des décisions dans lesquelles les baux des bandes comportaient des hypothèses précises quant à l'emplacement des propriétés devant servir à la comparaison.

I would allow the appeal, dismiss the cross-appeal and affirm the judgment of the Trial Division of the Federal Court with costs.

*Appeal allowed with costs, McLACHLIN C.J. and L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI and ARBOUR JJ. dissenting. Cross-appeal dismissed with costs.*

*Solicitors for the appellants/respondents on cross-appeal: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Solicitors for the respondents/appellants on cross-appeal: Roberts & Baker, Vancouver.*

*Solicitor for the respondent Her Majesty the Queen: The Attorney General of Canada, Vancouver.*

J'accueillerais le pourvoi, je rejetterais le pourvoi incident et je confirmerais la décision de la Section de première instance de la Cour fédérale avec dépens.

*Pourvoi accueilli avec dépens, LE JUGE EN CHEF MCLACHLIN et LES JUGES L'HEUREUX-DUBÉ, IACOBUCCI et ARBOUR sont dissidents. Pourvoi incident rejeté avec dépens.*

*Procureurs des appelants/intimés au pourvoi incident: Farris, Vaughan, Wills & Murphy, Vancouver.*

*Procureurs des intimés/appelants au pourvoi incident: Roberts & Baker, Vancouver.*

*Procureur de l'intimée Sa Majesté la Reine: Le procureur général du Canada, Vancouver.*